ملف رقم (١٧٣)

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية
سلسلة الأدلة والكشافات

التكشيف الاقتصادي للتراث

الكفالة (٢)

موضوع رقم (١٤٥)

إعداد
الدكتور / أحمد جابر بدران
إشراف
أ. د / علي جمعة محمد

فهرس محتويات

ملف (١٧٣)

الكفالة

موضوع (١٤٥)

ج٥ ص٢٦٩

٢١ - فى الكفالة فى البيع بعينه وبيع الغائب ج٥ ص٢٧٠

٢٢ - الرجل يعتق عبده على مال ويأخذ منه بالمال كفيلا ج٥ ص٢٧٠

٢٣ - فى الكفالة بكتابة المكاتب ج٥ ص٢٧٠

٢٤ - فى الغريم يؤخذ منه قبل محل الأجل وبعد محل الأجل كفيل أو رهن على أن يؤجر إلى أبعد من الأجل ج٥ ص٢٧١

٢٥ - فى الغريم إلى أجل يؤخذ منه كفيل أو رهن بالقضاء قبل محل الأجل ج٥ص٢٧٢

٢٦ - فى الكفيل يأتى الغريم بعد محل الأجل قبل أن يقضى على الكفيل بالمال ج٥ص٢٧٢

٢٧ - فى الرجل يطلب قبل الرجل حقا فيطلب منه كفيلا بالخصومة ج٥ ص٢٧٢

٢٨ - فى الرجل يقضى له القاضى بالقضية ، أياخذ منه كفيلا ج٥ ص٢٧٣

٢٩ - فى الرجل يكون له على الرجل الطعام إلى أجل فيأخذ به منه كفيلا ، فيصالحه الكفيل قبل الأجل أو بعده على أدنى أو أقل أو أجود ج٥ ص٢٧٣ -٢٧٤

٣٠ - الدعوى فى الكفالة ج٥ ص٢٧٤ ، ٢٧٥

٣١ - الكفالة فى الحدود ج٥ ص٢٧٥

٣٢ - كفالة الأخرس ج٥ ص٢٧٥

٣٣-فى الرجل يقرض فى مرضه بالكفالة لوارث أو غير وارث ج٥ ص٢٧٥ -٢٧٧

٣٤ - فى كفالة المريض ج٥ ص٢٧٧

٣٥ - فى الرجل يستأجر الأجير يخدمه ، ويأخذ منه بالخدمة كفيلا ج٥ ص٢٧٧

٣٦ - فى الرجل يستأجر الخياط يخيط ، ويأخذ منه بالخياطه كفيلا ج٥ ص٢٧٨

٣٧ - فى الرجل يكترى الراحلة بعينها ويأخذ من الكرى كفيلا بالحمولة ج٥ص٢٧٨

٣٨ - فى الرجل يكترى كراء مضمونا ويأخذ كفيلا بالحمولة ج٥ ص٢٧٨

٣٩ - فى كفالة العبد بغير اذن أسيادهم ج٥ ص٢٧٩

٤٠ - فى كفالة العبيد باذن أسيادهم ج٥ ص٢٧٩

٤١ - فى الرجل يجبر عبده على أن يكفل عنه ج٥ ص٢٨١

٤٢ - فى السيد يكفل عن عبده بالكفالة ج٥ ص٢٨١

٤٣ - السيد يكون له على العبد الدين فيأخذ منه كفيلا ج٥ ص٢٨١

٤٤ - الكفالة إلى غير أجل ج٥ ص٢٨١

٤٥ - الكفالة إلى موت المتكفل عنه ج٥ ص٢٨٢

٤٦ - الكفالة إلى خروج العطاء ج٥ ص٢٨٢

٤٧ - الرجل يريد أن يأخذ المال من المتكفل عنه قبل أن يطلب من ج٥ ص٢٨٢

٤٨- فى كفالة الجارية البكر التى قد عنست ورضى حالها ج٥ص٢٨٣

٤٩- فى كفالة الجارية البكر التى عنست ولم يرض حالها ج٥ص٢٨٣

٥٠- فى كفالة المرأة بغير اذن زوجها بأكثر من ثلثها ج٥ص٢٨٣

٥١- فى كفالة المرأة ذات الزوج باذن زوجها ج٥ ص٢٨٥

٥٢ - فى كفالة المراة عن زوجها بما بما يغترف مالها كله بغير اذن زوجها ج٥ص٢٨٦

٥٣ - فى كفالة المراة عن زوجها بما يغترق مالها كله باذن زوجها ج٥ ص٢٨٧

٥٤ - فى كفالة المراة عن زوجها ثم تدعى انه أكرهها ج٥ ص٢٨٧

٥٥ - فى كفالة المراة الأيم غير ذات الزوج ج٥ ص٢٨٧

*** المرغينانى ، الهداية**

١ - وجوب الكفالة بالمال ج٣ ص٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩

٢ - جواز الكفالة بالشراء ج٣ ص٩١ ، ٩٢

٣ - جواز الكفالة بالدين ج٣ ص٩٣ ، ٩٤

٤ - جواز الكفالة عن الأصيل والشريك ج٣ ص٩٧

*** عالمكير ، الفتاوى الهندية**

١ - الكفالة : هى ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة فى الدين ، والأول أصح ، وركنها الايجاب والقبول عند أبى حنيفة ج٢ ص١ ، ٢

٢ - رأى أبى يوسف فى بالكفالة ج٢ ص٢٥٢

٣ - شروط الكفالة ج٢ ص٢٥٢ - ٢٥٥

٤ - ألفاظ الكفالة وأقسامها وأحكامها وما يتعلق بها ج٢ ص٢٥٥ - ٢٥٨

٥ - حكم الكفالة بالنفس والمال ج٢ ص٢٥٨ ، ٢٥٩

٦ - حكم البراءة من الكفالة والرجوع عنها ج٢ ص٢٥٩ - ٢٧١

٧ - حكم التعليق والتعجيل فى الكفالة وشروطه ج٢ ص٢٧١ - ٢٨٠

٨ - مسائل فى الدعوى والخصومة بين الكفيل والمكفول ج٢ ص٢٨٠ - ٢٨٣

٩ - أحكام كفالة الرجلين لرجل واحد ج٢ ص٢٨٢ ، ٢٨٤

١٠ - حكم كفالة العبد والذمى ج٢ ص٢٨٤ - ٢٨٦

١١ - صورة كتاب الكفالة ج٦ ص٢١٩ - ٢٣٢

*** الزركشى ، المنثور فى القواعد**

١- لايصح تعليق الكفالة ، ويصح أن تضاف الى بعض المحل على خلاف فيها ج٢ص٢٠٢ ، ج٣ص١٧٥

*** ابن العربى ، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى**

١- قال رسول الله (ص) : الزعيم غارم وهو الكفيل ج٨ص٢٧٨

٢- الزمالة والكفالة والحمالة والقبالة بمعنى واحد ج٨ص٢٧٨

٣- الكفالة هى التزام ما على المرء للمرء ، وقد استعمل المتأخرون القبالة فى الكراء ج٨ص٢٧٨

٤ - قال الشافعى : لاتصح الكفالة بالبدن ج٨ص٢٧٩

*** الكاسانى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع**

١ - جواز الكفالة بالدين ج٧ ص٣٤٠٤ - ٣٤٠٥ ، ٣٤٠٦ ، ٣٤٠٧ ، ٣٤٠٨ ، ٣٤٠٩ ، ٣٤١٠ ، ٣٤١١

٢ - جواز الكفالة عن الميت فى الدين ج٧ ص٣٤١٢ - ٣٤١٣

٣ - جواز الكفالة على الغائب والمحبوس ج٧ ص٣٤١٣ - ٣٤١٤

٤ - جواز الكفالة بتسليم المبيع والرهن ج٧ ص٣٤١٦

٥ - جواز الكفالة بالعين ج٧ ص٣٤١٧

٦ - جواز الكفالة بثمن المبيع ج٧ ص٣٤٢٠ - ٣٤٢١

٧ - يطالب الكفيل كما يطلب الأصيل ج٧ ص٣٤٢٢ - ٣٤٢٤ ، ٣٤٣٠ ، ٣٤٣١

٨ - يخرج الكفيل من الكفالة بالصلح ج٧ ص٣٤٢٧

*** السمنانى ، روضة القضاة وطريق النجاة**

١ - ألفاظ الكفالة ج١ ص٤٥١

٢ - صورة ومكان التسليم بالكفالة ج١ ص٤٥١

٣ - مسائل فى الكفالة ، ورأى الفقهاء فيها ج١ ص٤٥٢ - ٤٥٦

٤ - حكم الكفالة البدلية ، ورأى الفقهاء فيها ج١ ص٤٥٢ - ٤٥٣

٥ - لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد تجوز ج١ ص٤٦١

٦ - اتفق الفقهاء على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لا تجوز ، لأنه لا يمكن استيفاء ذلك من الكفيل ج١ ص٤٦١

٧ - مسائل فى مطالبة الكفيل والمكفول ، ورأى الفقهاء فيها ج١ ص٤٦١ ، ٤٦٢

*** الكرابيسى ، الفروق**

١ - فى الكفالة معنى التبرع ، لأنه يقرض الشئ فى ذمته ليرجع عليه فى الثانى ، فصار كاقراض العين وفيها معنى المعاوضة ج٢ ص٢٤٧

٢ - حكم الكفالة لأكثر من رجل واحد فى مسألة واحدة ج٢ ص٢٣٩ ، ٢٤٠

٣ - الكفالة بالنفع والمال تصح بغير رضا المكفول عنه ج٢ ص٢٤١

٤ - ليس فى الكفالة ايجاب حق على الغير ولا فى ملكه وانما هو تحمل حق مضمون عنه ج٢ ص٢٤٢

٥ - مسائل فى الكفالة ، ورأى الفقهاء فيها ج٢ص٢٤٢ - ٢٤٨ ، ٢٨٥ ، ٣٢٢

٦ - اذا ابرأ الطالب الكفيل من المال فأبى أن يقبل فهو برئ ، ولو أبرأ الذى عليه الأصل فأبى أن يقبل كان المال عليه ج٢ ص٢٤٤

٧ - اذا وهب الطالب للكفيل فقبله رجع به الكفيل على الذى عليه الأصل ، وكذلك المحتال عليه ولو أبراه لم يرجع به عليه ج٢ ص٢٤٦

٨ - لو صالح من الكفالة بالنفس على مال لم يجز الصلح ولم يجب المال ج٢ ص٢٥٨

٩ - الأجل فى الكفالة شرط ملحق بالعقد ج٢ ص٢٤٧

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

المحتوى على كتب ظاهر الرواية للامام محمد بن الحسن الشيباني
عن الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله تعالى ونفع بهم

هذا الكتاب رقى علا وبجمعه * فاق السرخسي سائر الاقران
وتكاملت فيه قواعد مذهب * لابى حنيفة ذى التقى النعمان
نشر التعامل والعبادة نشره * فى كل آونة وكل مكان
لم لا ومعتمد القضاة مقاله * وأئمة الافتاء والعرفان

(تنبيه) قد باشر حضرة العلامة الفاضل الجهبذ الشهير الشيخ محمد راضى الحنفى تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
للطباعة والنشر
بيروت - لبنان

الطبعة الثانية

الوجهين لان عنده لا يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته بمالا يتغابن الناس فيه فكذلك لا ينفذ بالاجازة سواء كانت الاجازة بقبله او بمضى المدة قبل الفسخ لان سكوته عن الفسخ حتى مضت المدة بمنزلة الاجازة منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ان أجاز الوكيل في الثلاثة فهو باطل كما قال محمد رحمه الله وان سكت حتى مضت المدة تم البيع بمضى المدة ويجعل كان حصول الزيادة بعد مضى المدة قال ولو وكله أن يشترى له فعلى قول زفر رحمه الله يجوز شراؤه على الموكل لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا فالشراء به كالشراء بالدراهم وفي قول أبي حنيفة الآخر رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون الوكيل مشتريا لنفسه لانه لما لم يحمل التوكيل في الثمن على العموم لما بيناه حمل على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد فاذا اشترى بغيره كان مشتريا لنفسه وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله انه اذا وكله ببيع متاعه في سوق الكوفة فباعه في بيت في غير سوق الكوفة لا ينفذ بيعه عند زفر رحمه الله لانه خالف ما أمره به نصا وجاز عند أبي يوسف رحمه الله لان مقصود الموكل انما هو سعر الكوفة لا عين السوق وقد حصل مقصوده وانما يراعي من الشروط ما يكون مفيدا على ما بينا قال ولو كان عبد بين رجلين فباع فضولي نصفه من رجل فان أجاز الموليان جاز في النصيبين جميعا بالاتفاق وان أجازه أحدهما ففي قول زفر رحمه الله يجوز في النصف نصيبه ويبقى النصف نصيب الآخر موقوفا على اجازته لانه هكذا يتوقف وعند الاجازة انما ينفذ على الوجه الذي يتوقف وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز في جميع نصيب المجيز ويصير عند الاجازة كانه باشر بيع النصف بنفسه فينصرف الى نصيبه خاصة ولو أراد صاحبه أن يجيز بعد ذلك لا تصح اجازته في شيء والله أعلم بالصواب

كتاب الكفالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الكفالة مشتقة من الكفل وهو الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال صلى الله عليه وسلم أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين أي ضام اليتيم الى نفسه ومنه سميت الخشبة التي تحمل دعامة الحائط كفيلا لضمها اليه فمعنى تسمية العقد بالكفالة انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثيق (أحدهما)

الضم في المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين في ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالاصيل وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتأجيل فكذلك التزاما بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المطالبة وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين (والطريق الآخر) أن تنضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في ثبوت أصل الدين لان الكفالة اقراض للذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فلان لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في ذمة واحد لانه لا يستوفى الا من أحدهما غير ان هنالك اختيار تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب مالا توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما به (والحوالة مشتقة من التحول) ومنه الحوالة في الغرس بالنقل من موضع الى موضع وموجبه تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به والعقد ان في الشرع (وأما الكفالة) فلقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وما ثبت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخه والظاهر هنا التقرير فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يكفلون فاقرهم على ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم * والدليل على جواز الحوالة قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملئ فليتبع أي فليتبع من احيل عليه والكفالة مع جوازها وحصول التوثق بها فالامتناع من مباشرتها أقرب الى الاحتياط على ما قيل انه مكتوب في التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة واختلف العلماء رحمهم الله في موجب العقدين فعندنا الكفالة لا توجب براءة الاصيل والحوالة توجب وعند ابن أبي ليلى رحمه الله الكفالة توجب براءة الاصيل كالحوالة لانه لا بد من وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل منه لان ما ثبت في

الوجهين لان عنده لا يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه فكذلك لا ينفذ بالاجازة سواء كانت الاجازة بفعله أو بمضي المدة قبل الفسخ لان سكوته عن الفسخ حتى مضت المدة بمنزلة الاجازة منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ان أجاز الوكيل في الثلاثة فهو باطل كما قال محمد رحمه الله وان سكت حتى مضت المدة تم البيع بمضي المدة ويجعل كان حصول الزيادة بعد مضي المدة قال ولو وكله أن يشترى له فعلى قول زفر رحمه الله يجوز شراؤه على الموكل لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا فالشراء به كالشراء بالدراهم وفي قول أبي حنيفة الآخر رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون الوكيل مشتريا لنفسه لانه لما لم يحمل التوكيل في [illegible] على العموم لما بيناه حمل على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد فاذا اشترى بغيره كان مشتريا لنفسه وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله انه اذا وكله ببيع متاعه في سوق الكوفة فباعه في بيت في غير سوق الكوفة لا ينفذ بيعه عند زفر رحمه الله لانه خالف ما أمره به نصا وجاز عند أبي يوسف رحمه الله لان مقصود الموكل انما هو سعر الكوفة لا عين السوق وقد حصل مقصوده وانما يراعى من الشروط ما يكون مفيدا على ما بينا قال ولو كان عبد بين رجلين فباع فضولي نصفه من رجل فان أجاز الموليان جاز في النصيبين جميعا بالاتفاق وان أجازه أحدهما فعلى قول زفر رحمه الله يجوز في النصف نصيبه ويبقى النصف نصيب الآخر موقوفا على اجازته لانه هكذا يتوقف وعند الاجازة انما ينفذ على الوجه الذي يتوقف وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز في جميع نصيب المجيز ويصير عند الاجازة كانه باشر بيع النصف بنفسه فينصرف الى نصيبه خاصة ولو أراد صاحبه أن يجيز بعد ذلك لا تصح اجازته في شيء والله أعلم بالصواب

كتاب الكفالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الكفالة مشتقة من الكفل وهو الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال صلى الله عليه وسلم أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين أي ضام اليتيم الى نفسه ومنه سميت الخشبة التي تحمل دعامة الحائط كفيلا لضمها اليه فمعنى تسمية العقد بالكفالة انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثق (أحدهما)

الضم في المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين في ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالاصيل وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتأجيل فكذلك التزاما بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك الغير فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المطالبة وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين (والطريق الآخر) أن تنضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في ثبوت أصل الدين لان الكفالة اقراض للذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فلا نه لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في ذمة واحد لانه لا يستوفى الا من أحدهما غير ان هناك اختيار تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب ما لا توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما به (والحوالة مشتقة من التحول) ومنه الحوالة في الغرس بالنقل من موضع الى موضع وموجبه تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به والعقد ان في الشرع (وأما الكفالة) فلقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وما ثبت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخه والظاهر هنا التقرير فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يكفلون فاقرهم على ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم * والدليل على جواز الحوالة قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملئ فليتبع أي فليتبع من احيل عليه والكفالة مع جوازها وحصول التوثق بها فالامتناع من مباشرتها أقرب الى الاحتياط على ما قيل انه مكتوب في التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة واختلف العلماء رحمهم الله في موجب العقدين فعندنا الكفالة لا توجب براءة الاصيل والحوالة توجب وعند ابن أبي ليلى رحمه الله الكفالة توجب براءة الاصيل كالحوالة لانه لا بد من وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل منه لان ما ثبت في

محل فما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة واذا ثبت فى محل اخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شاغلا لمحلين وقد ثبت الدين فى ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله الحوالة لاتوجب براءة الأصيل كالكفالة لان المقصود بها التوثق لحق الطالب وذلك فى أن تزاد له المطالبة لا ان يسقط ما كان له من المطالبة ولكنا نقول كل واحد من العقدين اختص باسم واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان كاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض فى المجلس (والسلم) اختص باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو تعجيل أحد البدلين فى القبض في المجلس وتأخير البدل الآخر بالتأجيل فكذلك هنا معنى الكفالة الضم فيقتضى ان يكون موجب هذا العقد ضم أحد الذمتين الى الأخرى وذلك لا يكون مع براءة ذمة الاصيل (ومعنى الحوالة) التحويل وذلك لايتحقق الا بفراغ ذمة الأصيل (ثم الكفالة نوعان) كفالة بالنفس وكفالة بالمال وقد بدأ ببيان الكفالة بالنفس لان ذلك يكون قبل ثبوت المال عادة ومباشرته بين الناس أظهر من مباشرة الكفالة بالمال وافتتح بحديث حبيب الذى كان يقوم على رأس شريح رحمه الله ان شريحا حبس ابنه بكفالة بنفس رجل قال حتى طلبنا الرجل فوجدناه فدفعناه الى صاحبه وفي الحديث دليل عدل شريح رحمه الله فانه لم يمل الى ابنه بل حبسه ولهذا بقى على القضاء نيفا وأربعين سنة وفيه دليل على ان الكفالة بالنفس تصح وأن الكفيل يحبس اذا لم يسلم نفس المطلوب الى خصمه وان تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم الكفيل لانه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه الى صاحبه وجواز الكفالة بالنفس مذهب علمائنا رحمهم الله وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو أحد أقاويل الشافعى رحمه الله وفى القول الآخر يقول هى ضعيفة وفى القول الثالث يقول لا تكون صحيحة لانه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير في الهواء وبيانه ان المكفول بنفسه رقبانى مثله لاينقاد له لتسليمه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذلك اذا كفل بأمره لان أمره بالكفالة لايثبت له عليه ولاية فى نفسه لتسليمه كما ان أمره بالكفالة بالمال لايثبت له عليه ولانه يؤدى المال من مال المكفول عنه وهو الحرف الثانى له ان هذه الكفالة بشرط اداء المكفول به من ملك المكفول عنه ولو كفل بشرط أن يؤديه من

مال المكفول عنه لم يصح فكذلك اذا كفل بالنفس وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كفل رجلا فى تهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس وكان بين علي وابن عمرو رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم رضى الله عنها بنفس على رضى الله عنه وكفل حمزة ابن عمر والاسلمى فى تهمة رجل فاستصوبه عمر رضى الله عنه وان ابن مسعود رضى الله عنه لما استتاب أصحاب ابن النواحة كفلهم عشائرهم ونفاهم الى الشام والمعنى فيه انه التزم تسليم ماهو مستحق على الأصل فتصح كالكفالة بالمال ومعنى هذا ان تسليم النفس مستحق على الأصيل حقا للمدعى حتى يستوفى عند طلبه فان القاضى يقطعه عن أشغاله ويحضره مجلسه عند طلب خصمه وقد ذم الله تعالى قوما على الامتناع عن الحضور بقوله واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية وانما يذم الامتناع عما هو مستحق عليه فاذا ثبت ان التسليم مستحق وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه بالكفالة والظاهر أن الانسان لايكفل الا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو ينقاد له فى التسليم خصوصا اذا كفل بأمره فانه هو الذى أدخله فى هذه الورطة فعليه اخراجه بالانقياد له لتسليمه الى خصمه الا انه اذا كان كفل بالمال والديون تقضى بامثالها وهو موجود فى يد الكفيل فلا حاجة الى اثبات الولاية له فى مال الاصيل فيؤمر بالاداء من مال نفسه ثم يؤمر بالرجوع عليه وفى النفس لايتأتى التسليم الا باحضار الاصل فيثبت له عليه ولاية الاحضار للتسليم وكذلك ان كان كفل بغير أمره لانه يتمكن من أن يدعى عليه ما لا ليحضره القاضى فيسلمه الى خصمه ويكون هذا كذبا ولا رخصة فى الكذب والاصح أن يقول ليس التسليم كله فى احضار الاصل اذا أتى بالطالب الى الموضع الذى فيه المطلوب فبدفعه يتحقق التسليم مع ان شرط صحة الالتزام كون الملتزم ملتزما ما لا قدرة له على أدائه كالتزام حقوق الله تعالى بالنذر حتى ان من نذر أن يحج ألف حجة يلزمه وان كان لا يعيش هو ألف سنة ليؤدى فهنا أيضا التسليم يتأتى فيصح التزامه وان كان الكفيل ربما يعجز عنه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل كفل بنفس رجل فمات المكفول برئ الكفيل وبه نأخذ لمعنيين أحدهما أن الخصومة وتسليم النفس الى الخصم الذى سقط عن الاصل بموته وبراءة الاصيل بأى طريق يكون موجب براءة الكفيل والثانى أن محل التسليم فات بموته ولا يتأتى التسليم بدون المحل فكما ان عدم تأتى التسليم يمنع ابتداء الكفالة فكذلك يمنع بقاءها ثم ذكر عن أبي حنيفة رحمه الله فى الرجل يكفل بنفس الرجل ثم لم يأت

الله أن الرجل اذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها ان زوجها قد أبانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر ان يكون طلقها وأن يكون أمر هذا الرجل بشئ فالقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شئ في قول أبي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين واذا أقر لمعروف نسب انه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلى قول زفر رحمه الله ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البينة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

باب الكفالة على ان المكفول عنه برئ

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على ابراء الذي عليه الاصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشئ لانهما أتيا بمعنى الحوالة وان لم يصرحا بلفظها والالفاظ قوالب المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشئ بألف درهم فيكون بيعا وان لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث ان كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فاذا شرط في الكفالة ان يكون الاصيل بريئا كانت الحوالة وقوله ضمنت والى وعلى بمنزلة قوله كفلت اذا شرط براءة الاصيل في ذلك كله كانت حوالة بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو توى المال على المحتال عليه عاد حق الطالب الى المحيل والتوى أسباب فمن ذلك ان يجحد المحتال عليه ويحلف على ذلك وليس للطالب بينة لانه يتعذر على الطالب الوصول الى حقه من جهة المحتال عليه على التأبيد وهذا أبلغ أسباب التوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك ان يموت المحتال عليه مفلسا فيتحقق به التوى عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال الى ذمة

المحيل وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بان الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال اليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ما وجب في ذمة المحتال عليه عوضا عما في ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيا على حق الرجوع له على المحيل بل بالحوالة يصير كالقابض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال عن المحيل وايجابه على المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل ما في ذمة المحتال عليه كأنه عين ما كان في ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ من المحل الذي تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذي تحول اليه كفواته في المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأبى فيكون حقه في ذمة المحيل والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالغاصب الاول مع الثاني اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم توى عليه لم يرجع على الآخر بشئ والمولى اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشئ من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا في المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا توى على مال امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذي انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان في ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذي له كما له أن ينقله الى العين بالشراء ثم هناك اذا هلكت العين قبل القبض عاد حقه في الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان ما في ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان في ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام في الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولانه يثبت في ذمة المحتال عليه على الوجه الذي كان في ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال

لك على ثم جحد الكفيل والمكفول له المبايعة وأقام الطالب البينة على أحدهما انه قد باع المكفول له ذلك اليوم متاعا بألف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والمال الذى يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما يكون حضور أحدهما كحضورهما فلا يكلف إعادة البينة عند حضور الآخر اذا كان القاضى هو الاول لانه عالم بسبب وجوب المال على الذى حضر اذ هو باشر القضاء به على الاول وعلمه يغنى الطالب عن اعادة البينة ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو على فباعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فانه لو قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له معلوم فصحت الكفالة وفى حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول الى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة فى حق المعلوم لان ما يلتزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزمه للآخر ولو اذن لعبده فى التجارة وقال لرجل ما بايعت به عبدى من شيء أبدا فهو على أو لم يقل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايعه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما يصح من الحر وقد بيناه فيما سبق وكذلك لو قال كل ما بايعته أو الذى بايعته بخلاف مالو قال اذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الاول خاصة وقد بينا الفرق بينهما فى الحر فكذلك فى العبد ولو قال ما بايعت فلانا من شيء فهو على فأسلم اليه دراهم فى طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك كله على الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع بيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا وكله بثوب يبيعه فأسلمه فى طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لان السلم غير البيع بل ان مطلق التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالنقود والله أعلم بالصواب

باب الحوالة

(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله انه قال فى الحوالة اذا أفلس فلا توى على مال امرىء مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة قال وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها فقد برىء الاول منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (فى الكتاب)

أشار الى حروف فلك لا تكتب ذكر حق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان فان هذا لا يحسن فى الكتاب ولا فى الكلام وكيف يكون عليه وقد حولها عنه الى غيره ويحسن فى الضمان ان يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بيناها فيما سبق (والجواب) بين الاجانب والاقارب فى جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنايات وغير ذلك جائز لانه تحويل الحق من الذمة الاولى الى الذمة الثانيـة فيستدعى وجوب الحق فى الذمة الاولى ليصح التحويل ولو ان المحتال عليه أحاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليه فى الاصل وكما يصح التحويل من الذمة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الاصيل بالمال قبل ان يؤديه ولكن يعامله بحسب مايعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه فى فصل الكفيل (وفى هذا نوع اشكال) فان في الكفالة مطالبة الطالب على الاصيل باقية فلا تتوجه عليه مطالبة الكفيل ملم يؤد وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الاصيل فينبغى ان تتوجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدى ولكنا نقول ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليـه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعنى التأجيل أو لما كانت المطالبة بعرض ان يتوجه عليه جعل كالمتوجه فى الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فانه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا فى الحال ولا فى ثانى الحال بل مطالبته مقصورة على الوكيل فكان للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل ان يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لانه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليه على المحيل ولكنه مؤجل لادائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح كان الربح له لانه استربح على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على آخر فقضاها اياه المحتال عليـه فلما أراد الرجوع على الاصيل قال الاصيل كانت لى عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شيء فانه يقضى للمحتال عليه على الاصيل بالمال لان السبب الموجب للمال له على الاصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وادائه والمحيل يدعى لنفسه دينا على المحتال عليه ليجعل ما عليه قصاصا بذلك الدين ولم يظهر سبب ما يدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس فى قبول الحوالة عنه اقرار بوجوب المال للمحيل عليه

محل فما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة واذا ثبت فى محل اخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شاغلا لمجلس وقد ثبت الدين فى ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله الحوالة لاتوجب براءة الأصيل كالكفالة لان المقصود بها التوثق لحق الطالب وذلك فى أن تزاد له المطالبة لا ان يسقط ما كان له من المطالبة ولكنا نقول كل واحد من العقدين اختص باسم واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان كاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف مافي يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض فى المجلس (والسلم) اختص باسم لاختصاصه بموجب هو معني ذلك الاسم وهو تعجيل أحد البدلين فى القبض فى المجلس وتأخير البدل الآخر بالتأجيل فكذلك هنا معنى الكفالة الضم فيقتضى ان يكون موجب هذا العقد ضم أحد الذمتين الى الأخرى وذلك لا يكون مع براءة ذمة الاصيل (ومعنى الحوالة) التحويل وذلك لايتحقق الا بفراغ ذمة الأصيل (ثم الكفالة نوعان) كفالة بالنفس وكفالة بالمال وقد بدأ ببيان الكفالة بالنفس لان ذلك يكون قبل ثبوت المال عادة ومباشرته بين الناس أظهر من مباشرة الكفالة بالمال وافتتح بحديث حبيب الذى كان يقوم على رأس شريح رحمه الله ان شريحا حبس ابنه بكفالة بنفس رجل قال حتى طلبنا الرجل فوجدناه فدفعناه الى صاحبه وفي الحديث دليل عدل شريح رحمه الله فانه لم يمل الى ابنه بل حبسه ولهذا بقى على القضاء نيفا وأربعين سنة وفيه دليل على ان الكفالة بالنفس تصح وأن الكفيل يحبس اذا لم يسلم نفس المطلوب الى خصمه وان تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم الكفيل لانه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه الى صاحبه وجواز الكفالة بالنفس مذهب علمائنا رحمهم الله وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله وفى القول الآخر يقول هى ضعيفة وفى القول الثالث يقول لا تكون صحيحة لانه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير فى الهواء وبيانه ان المكفول بنفسه رقبانى مثله لاينقاد له لتسليمه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذلك اذا كفل بأمره لان أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية فى نفسه لتسليمه كما ان أمره بالكفالة بالمال لايثبت له عليه ولانه يؤدى المال من مال المكفول عنه وهو الحرف الثانى له ان هذه الكفالة بشرط اداء المكفول به من ملك المكفول عنه ولو كفل بشرط أن يؤديه من

مال المكفول عنه لم يصح فكذلك اذا كفل بالنفس وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كفل رجلا فى تهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس وكان بين علي وابن عمرو رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم رضى الله عنها بنفس على رضى الله عنه وكفل حمزة ابن عمر والاسلمى فى تهمة رجل فاستصوبه عمر رضى الله عنه وان ابن مسعود رضي الله عنه لما استتاب أصحاب ابن النواحة كفلهم عشائرهم ونفاهم الى الشام والمعنى فيه انه التزم تسليم ماهو مستحق على الأصل فتصح كالكفالة بالمال ومعنى هذا ان تسليم النفس مستحق على الأصيل حقا للمدعى حتى يستوفى عند طلبه فان القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره مجلسه عند طلب خصمه وقد ذم الله تعالى قوما على الامتناع عن الحضور بقوله واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية وانما يذم الامتناع عما هو مستحق عليه فاذا ثبت ان التسليم مستحق وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه بالكفالة والظاهر أن الانسان لايكفل الا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو ينقاد له فى التسليم خصوصا اذا كفل بامره فانه هو الذى أدخله فى هذه الورطة فعليه اخراجه بالانقياد له لتسليمه الى خصمه الا انه اذا كان كفل بالمال والديون تقضى بامثالها وهو موجود فى يد الكفيل فلا حاجة الى اثبات الولاية له فى مال الاصيل فيؤمر بالاداء من مال نفسه ثم يؤمر بالرجوع عليه وفى النفس لايتأتى التسليم الا باحضار الاصل فيثبت له عليه ولاية الاحضار للتسليم وكذلك ان كان كفل بغير أمره لانه يتمكن من أن يدعى عليه ما لا ليحضره القاضي فيسلمه الى خصمه ويكون هذا كذبا ولا رخصة فى الكذب والاصح أن يقول ليس التسليم كله فى احضار الاصل اذا أتى بالطالب الى الموضع الذى فيه المطلوب فبدفعه يتحقق التسليم مع ان شرط صحة الالتزام كون الملتزم ملتزما ما لا قدرة له على أدائه كالتزام حقوق الله تعالى بالنذر حتى ان من نذر أن يحج ألف حجة يلزمه وان كان لا يعيش هو ألف سنة ليؤدى فهنا أيضا التسليم يتأتى فيصح التزامه وان كان الكفيل ربما يعجز عنه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل كفل بنفس رجل فمات المكفول برئ الكفيل وبه نأخذ لمعنيين أحدهما أن الخصومة وتسليم النفس الى الخصم الذى سقط عن الاصل بموته وبراءة الاصيل بأى طريق يكون موجب براءة الكفيل والثانى أن محل التسليم فات بموته ولايتأتى التسليم بدون المحل فكما ان عدم تأتى التسليم يمنع ابتداء الكفالة فكذلك يمنع بقاءها ثم ذكر عن أبى حنيفة رحمه الله فى الرجل يكفل بنفس الرجل ثم لم يأت

به أن يحبس ولا يكون ذلك فى أول مرة يتقدم اليه وهذا لان الحبس نوع عقوبة وانما يتوجه على الظالم ولا يظهر ظلمه فى أول مرة لانه لم يعرفه انه لماذا يدعى حتى يأتى بالخصم معه فلهذا لا يحبسه القاضى ولكنه يأمره أن يأتى بالخصم فيسلمه فاذا امتنع حين ذلك مع تمكنه منه حبسه واذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل لان لحاقه بدار الحرب كموته حكما فى قسمة ماله بين ورثته فاما فى حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته وكذلك الاحضار والتسليم يتأتى بعد ردته وعليه تنبني الكفالة اذا علم ذلك لايحبس الكفيل ولكنه ان كان يتمكن من الدخول فى دار الحرب واحضاره أمهله فى ذلك مقدار ما يذهب فيأتى به فان لم يفعل حبسه حينئذ بمنزلة مالو كان غائبا فى بلدة أخرى وان كان يعلم أن الكفيل لايتمكن من ذلك أمهله الى أن يتمكن منه ويحبسه مالم يمتنع منه بعد تمكنه وهو نظير الكفيل بالمال فانه اذا كان معسرا عاجزا عن الاداء أمهله القاضى الى وقت يساره عملا بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وطريق ثبوت هذا العجز علم القاضى به باقامة البينة عليه ولم يذكر فى الكتاب ان فى مدة عجزه عن الطالب أن يلزم الكفيل فهو على الاختلاف عندنا له ذلك ولكن لايمنعه من كسبه وحوائجه وعند اسماعيل بن حماد رحمهما الله ليس له ذلك وهو نظير الاختلاف فى المديون اذا ثبت عند القاضي عسرته فأخرجه من السجن وسنقرره فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا حبس المكفول به بدين أو غيره فللطالب أن يأخذ الكفيل بتسليمه لانه قادر على تسليمه بان يعتقه مما حبس فيه ان كان دينا قضاه عنه أو حقا آخر أوفاه اياه وهذا النوع من التسليم وان كان يلحقه الضرر فيه فقد رضى بالتزامه حتى قدم على الكفالة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان محبوسا عند غير هذا القاضى فاما اذا كان محبوسا عند هذا القاضى فالسبيل للكفيل أن يقول للقاضى هو فى يديك فاخرجه من السجن لاسلمه الى خصمه حتى يثبت عليه حقه ثم يحبسه بحقهما فالقاضى يجيبه الى ذلك لانه طلب منه أن ينظر له وليس فيه ضرر على أحد فيجيبه القاضي الى ذلك وان مات الكفيل بطلت الكفالة لان تسليم الكفيل المطلوب بعد موت الكفيل لايتحقق منه ولا تتوجه المطالبة بالتسليم على ورثته لانهم لم يكفلوا له بشئ وانما يخلفونه فيما له لافيما عليه (ألا ترى) أن من عليه القصاص اذا مات لايخلفه وارثه فيما عليه وكذلك لايبقى باعتبار تركته بعد موته لانه انما يبقى باعتبار التركة بعد الموت مايمكن استيفاؤه

من التركة والكفالة بالنفس لايمكن استيفاؤها من المال فلهذا لايبقى باعتبار التركة واذا أقر الطالب انه لاحق له قبل المكفول ثم أراد أخذ الكفيل بتسليم نفسه فله ذلك واقراره بهذا لايمنع ابتداء الكفالة فلا يمنع بقاءها بطريق الاولى وهذا لانه ربما يكون وصيا لميت له عليه حق أو وكيلا فى خصومة له قبل ذلك الرجل حق فانتفاء حق نفسه عنه لايمنع استحقاق التسليم له بهذا الطريق فلهذا كان الكفيل مطالبا بتسليم نفسه وان لم يقر الطالب بذلك ولكن بقى المكفول به فأخذ منه كفيلا آخر لا يبرأ الكفيل الاول لانه لامنافاة بين الكفالة الثانية والأولى ومقصود الطالب من هذه الزيادة التوثق بحقه فلا يتضمن براءة الكفيل الاول وكذلك ملاقاة الطالب مع المكفول لا يمنع بقاء الكفالة لان ذلك كان موجودا عند ابتداء الكفالة ولم يمنع صحة كفالته فلان لايمنع بقاءها أولى واذا سلم الكفيل المكفول الى الطالب برئ منه لانه أوفاه ما التزمه له فانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد أتى به وهو كالمطلوب اذا أوفى الطالب ما عليه من الدين ويستوى ان قبله الطالب أو لم يقبله لان الكفيل يبرأ بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدى الطالب وتضرر من عليه فانه يمتنع من ذلك ابقاء لحق نفسه والضرر مدفوع بحسب الامكان واذا كفل بنفس رجل على ان يوافى به فى المسجد الاعظم فدفعه اليه بالكناسة أو فى السوق أو فى غير ذلك الموضع من المصر برئ لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا فاما اذا لم يكن مفيدا فلا وتقييد التسليم بالمصر مفيد لانه اذا سلمه خارج المصر ربما يهرب منه أولا يتمكن من احضاره بل يمتنع منه أما فى المصر فالتقييد بموضع منه غير مفيد لانه يتمكن من احضاره مجلس الحكم فى أي موضع من المصر سلمه اليه اما بقوة نفسه واما بمعاونة الناس اياه فلهذا لايعتبر تقييده بالمسجد الاعظم والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون هذا الجواب بناء على عادتهم فى ذلك الوقت فاما في زماننا اذا شرط التسليم فى مجلس القاضى فانه لايبرأ بالتسليم اليه فى غير ذلك الموضع لان فى زماننا أكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور لغلبة أهل الفسق والفساد فتقييد التسليم بمجلس القاضى مفيد وفيه طريقة أخرى ان نواحي المصر كلها كمكان واحد (ألا ترى) ان فى عقد السلم اذا شرط التسليم فى مصر كذا جاز وان لم يبين فى أى موضع من المصر يسلمه اليه فاذا جعل الكل كمكان واحد قلنا فى أى موضع من المصر سلمه اليه فقد أتى بما التزمه فيبرأ واذا كفل بنفس رجل وهو غائب أو محبوس جاز

وهو جائز ضامن لان تسليمه يتأتى باحضاره أواخراجه من السجن وشرط صحة الكفالة
بأبى التسليم واذا طالب رجل الرجل ان يكفل بنفس آخر ففعل فان الكفيل يؤخذ به ولا
يرجع على الآمر ولا على المكفول به أما الكفيل فلانه التزم تسليم ما يتأتى تسليمه فيؤخذ به ولا
يرجع عليه فكذلك اذا كفل بنفسه وهو يرجع على الآمر لانه ماضمن له شيئا وانما أشار
عليه بمشورة ولم تكن تلك المشورة ملزمة اياه شيئا وانما اللزوم بالتزامه باختياره فلهذا
لا يرجع عليه واذا كفل بنفسه الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر برئ لان التأجيل انما كان
لحق الكفيل حتى لا يضيق عليه الأمر في المطالبة قبل الشهر فاذا سلمه قبل مضى الشهر فقد
أوفى ما عليه واسقط حق نفسه فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل اذا قضاه قبل مضى الأجل
برئ ولم يكن للطالب أن يأبى القبول فكذلك هنا لا يكون للمكفول أن يأبى القبول واذا
دفع المكفول به الى الطالب فى السجن وقد حبسه غيره فان الكفيل لا يبرأ منه لان المقصود
من التسليم أن يتمكن من احضاره مجلس الحكم ليثبت حقه عليه وذلك لا يتأتى اذا كان محبوسا
فهو بمنزلة تسليم الطير فى الهواء أو السمك فى الماء وكذلك لو دفعه اليه فى مفازة أو موضع
يستطيع المكفول أن يمتنع من الطالب فان المقصود بهذا التسليم لا يحصل للطالب فهو
نظير المؤجر اذا سلم الدار الى المستأجر وهناك غاصب يحول بينه وبين السكنى لا يكون
هذا التسليم معتبرا واذا دفع اليه فى مصر غير المصر الذى كفل به وفيه سلطان أوقاض
برئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يبرأ فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يدفعه
اليه فى المصر الذى كفل به فيه قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم فابوحنيفة
رحمه الله كان فى القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت
الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون فى الميل بالرشوة وعامل كل مصر ينقاد لامر
الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه فى ذلك المصر أو فى مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك فى
زمن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر أهل الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقالا
يتقيد التسليم بالمصر الذى كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ثم وجه قول أبى يوسف
ومحمد رحمهما الله ان مقصود الطالب التسليم فى موضع يمكن فيه إثبات حقه عليه بالحجة
وربما يكون شهوده على الحق فى ذلك المصر الذى كانت فيه الكفالة فاذا سلمه اليه فى مصر
آخر لا يتمكن من اثبات الحق عليه كما لو سلمه اليه فى المفازة وأبوحنيفة رحمه الله يقول

سلمه اليه فى موضع آمن وغاب فيبرأ مما سلمه اليه فى ذلك المصر وهذا لان المعتبر تمكنه من
ان يحضره مجلس القاضى ليثبت الحق عليه أو لم يغير مكانه ولو هنا قد حصل ثم كما يتوهم
أن يكون شهوده فى ذلك المصر يتوهم أن يكون شهوده فى ذلك المصر فيتقابل الموهومات
ويبقى التسليم متحققا من الكفيل على وجه الالتزام فيبرأ به واذا كفل بنفس رجل ثم دفعه اليه
وبرئ منه ملازمه الطالب فقال الكفيل دعه وانا على كفالتى أو على مثل كفالتى أوانا كفيل
به فهو لازم له أتى بلفظ صالح لانشاء الكفالة به أما قوله انا على كفالتى أى بعقد انشائه
سوى الاول لانه لا وجه لتصحيحه الا هذا ووجه الصحة مقصود كل متكلم عاقل أو معناه
فسخنا ذلك الابراء الحاصل لى بالرد عليك فانا كفيل به كما قلت واذا كفل بنفس رجل
والطالب يدعى قبله مالا عينا أو دينا أو كفالة بنفس أو مال أو وكالة أو وصية فالكفالة صحيحة
لان تسليم النفس بهذه الدعاوى للجواب مستحق على المطلوب وكذلك لو كان الطالب يدعى
قبل المطلوب قصاصا فى النفس أو فيما دونها أو حدا فى قذف أو سرقة لان تسليم النفس
للجواب يستحق على المطلوب فى هذه الدعاوى فيصح التزامه بعقد الكفالة ومراده من هذا
اذا أعطى الكفيل بنفسه طوعا فاما القاضى فلا يأخذه باعطاء الكفيل بنفس فى دعوى القصاص
والحد ولكن ان أقام المدعى شاهدين مستورين أو شاهدا عدلا وقال لى شاهد آخر حاضر
حبسه القاضى على قدر مايرى استحسانا ولا يجبره على اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يتم شاهدا
لم يحبسه ولكنه يمكنه من ملازمته اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يتم شاهدا لم يحبسه ولكنه
يمكنه من ملازمته اذا ادعى شهودا حضورا الى آخر المجلس ليأتى بهم لانه ينظر لاحد الخصمين
على وجه لا يضر بالآخر والمقصود من الكفالة بالنفس التوثق والاحتياط ومبنى الحدود
والقصاص الدرء والاسقاط فلهذا لا يجبر على اعطاء الكفيل فيه فان قيل فقد قلتم يحبسه بعد
اقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط فى الحبس أكثر منه فى أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس
للاحتياط ولكن لتهمة الدعاوى والفساد فبشهادة الواحد العدل أوشهادة المستورين يصير متهما
بذلك فيحبس تعزيرا له وهذا لان الحبس نوع عقوبة وفى دعوى القصاص والحد عقوبة هى
أقوى من الحبس اذا صار متهما به يعاقب بالحبس فاما فى المال فاقصى العقوبات اذا ثبت الحبس
لا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته واذا لم يجز حبسه وجب الاحتياط بأخذ الكفيل بنفسه
ولكن هذا فى دعوى الحد والقصاص بنفسه لو كفل صح بخلاف ما اذا كفل بنفس الحد

والقصاص لان ذلك لاتجرى النيابة في ايفائه والكفالة التزام التسليم فاذا حصل بما يمكن استيفاؤه من الكفيل كان باطلا فاما تسليم النفس فتجرى فيه النيابة فلهذا صحت الكفالة ولو لم يدع شيئا من ذلك قبله غير انه كفل له بنفسه فالكفالة جائزة لان الحضور عند دعواه مستحق عليه (ألا ترى) انه لو حضر مجلس القاضي وادعى قبله شيئا أحضره مجلسه للجواب والدعوى ليست بسبب الاستحقاق فعرفنا ان الحضور مستحق اذا لم يسبق ماينفيه فلهذا جازت الكفالة وكان التسليم مستحقا بما التزمه بعقد الكفالة (ألا ترى) انه لو كفل عنه بمال صحت الكفالة وان كان الأصيل منكرا للمال وجعل كالثابت فى حق الكفيل فان خاصم الكفيل بالنفس الطالب الى القاضي وقال انه لاحق لهذا قبل الذى كفلت به فان القاضي ينبغى له أن يسأله عن ذلك ولكنه يأخذه بالكفالة لانه التزم تسليم نفسه فيكون مطالبا به ما لم يظهر ماينفيه ومادعاه قبل الطالب من اسقاط حقه عن المطلوب فانه هو ليس بخصم فيه فلهذا لايسأل الخصم عنه ولكن ان اقر الطالب انه لاحق له قبل المكفول وانه ليس بوصى لميت قبله خصومة ولاحق له قبله بوجه من الوجوه فان الكفيل يبرأ لان الاقرار بهذه الصفة ينفى استحقاق تسليم النفس للمقر على المطلوب وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وقد ذكر قبل هذا أنه لايبرأ واختلف الجواب لاختلاف الموضوع فانه وضع المسئلة هناك فيما اذا أقر مطلقا أنه لاحق له قبله وهذا لايوجب براءة الكفيل لجواز أن يكون الطالب صبيا أو وكيلا وهنا وضع المسئلة فيما اذا فسر اقراره بما ينفى استحقاقه لتسليم النفس عنه من كل وجه وكذلك لو جحد الطالب هذه المقالة وشهد عليه بها شاهد ان برئ لظهور ماينفى استحقاق تسليم النفس عن المطلوب والثابت بشهادة العدالة كالثابت باقرار الخصم أو أقوى منه وقوله ضمنت وكفلت وهو على أو الي سواء يصير به كفيلا بالنفس أما الضمان فهو موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذلك كفلت فان اسم هذا العقد هو الكفالة والعقد ينعقد بالتصريح باسمه ولفظ القبالة كلفظ الكفالة فان الكفيل يسمى قبيلا وهو عبارة عن الالتزام ومنه يسمي الصك الذى هو وثيقة قبالة ولفظ الزعامة كذلك قال الله تعالى وأنا به زعيم وقوله وهو على أى أنا ملتزم بتسليمه لان مبلغ كلمات اللزوم على والى هنا بمعنى على قال صلي الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى أو قال على معناه انا ملتزم له واذا أبرأ الطالب الكفيل

من الكفالة برئ منها لانه أسقط خالص حقه وهو من أهله ومحل قابل للسقوط وكذلك قد برئ الى صاحبي فهذا اقرار بالتسليم اليه لانه أقر ببراءته مفتتح بالكفيل مختتم بالطالب وذلك بالتسليم يكون (ألا ترى) ان هذا اللفظ فى المال يكون اقرارا بالاستيفاء وذلك لو قال قد دفعه الى أو قال لاحق لى قبل الكفيل من هذه الكفالة فهو برئ منها لان النفى على سبيل الاطلاق أبلغ وجوه البراءة واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وهذا وما لو سلمه الكفيل سواء لان للكفيل ان يطالبه بالحضور ليسلمه اذا طولب به فهو انما يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متبرعا فيه كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه وكذلك لو دفعه اليه انسان من قبل الكفيل من رسول أو وكيل أو كفيل لانهم قائمون مقامه فى التسليم أو لم يقبل والمرأة والرجل والذمى والمستأمن فى ذلك سواء واذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على ان بعضهم كفيل عن بعض كان للطالب أن يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وبنفس صاحبه لان كل واحد منهم التزم تسليم نفس المطلوب بتملكه اليه بنفسه وتسليم نفس صاحبه باشتراط كفالة بعضهم عن بعض وكما تصح الكفالة بنفس المطلوب فكذلك تصح الكفالة بتسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحقا عليه فايهم دفع الأول الى الطالب برئ لان تسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحق عليه فايهم دفع الاول الى الطالب وأشهد بالبراءة فهو برئ وصاحباه بريئان لانه فى حق صاحبيه هو كفيل بنفسيهما وقد بينا أن تسليم كفيل الكفيل كتسليم الكفيل بنفسه فلهذا يبرؤن جميعا عن تسليم نفس المطلوب كما لو سلموه جميعا وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فيبرأ كل واحد منهم عن كفالة صاحبه ولو لم يكن بعضهم كفيلا عن بعض كان للطالب ان يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وليس له ان يأخذه بصاحبه لانه ما التزم تسليمهما بنفسهما وأيهم دفع الأول برئوا جميعا لانهم التزموا تسليم نفس المطلوب بعقد واحد فكانوا فيه كشخص واحد ولان المستحق عليهم احضار واحد فبالعقد الواحد لايستحق إلا احضار واحد وقد أتى به أحدهم وهو غير متبرع فى ذلك فكأنهم أتوا جميعا به وهذا بخلاف ما اذا كفل كل واحد منهم بنفسه بعقد على حدة ثم سلمه أحدهم برئ هو دون صاحبه لان هناك كل واحد منهم التزم الاحضار بعقد على حدة فالاحضار المستحق على كل واحد منهم غير ما على صاحبيه وفى الاول التزموا الاحضار بعقد واحد فيكون المستحق عليهم احضار واحد

وقد قال ابن أبي ليلى رحمه الله اذا كفل به الثانى برى الاول لان الطالب يصير معرضا عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر وهذا فاسد فانه يأخذ الكفيل الثانى بقصد زيادة التوثق فلا يصير مبرئا للكفيل الاول ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد ان يكون احضار شئ واحد مستحقا على شخصين واذا كفل رجل بنفس رجل وكفل آخر بنفس الكفيل ثم مات الاول برئ الكفيل لان الاصل برئ من الحضور فيبرأ الكفيل الاول ببراءة الاصيل والكفيل الاول أصل فى حق الكفيل الثانى فيبرأ ببراءته أيضا وان مات الاوسط برئ الاخير لان الوسط أصل فى حق الآخر وقد برئ بموته وان مات الاخير فالاوسط على كفالته لان براءة الكفيل على ما هو سقوط محض لا يوجب براءة الاصيل كما لو برئ الكفيل بالابراء ولو دفع الاول نفسه الى الطالب برئ الكفيلان لما بينا ولو كفل بنفس رجل والطالب غير حاضر فهو باطل فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال هو جائز وكذلك الكفالة بالمال اذا لم يكن الطالب حاضرا وفى موضع آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله حتى اذا بلغ الطالب فعله جاز وذكر الطحاوى رحمه الله قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهما الله وهو غلط فان كان الصلح الصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله التوقف فهو مبنى على بيانه فى كتاب النكاح وهو ما اذا قال اشهدوا انى تزوجت فلانة وهى غائبة فكما ان هناك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كلام الواحد شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعند أبي يوسف رحمه الله جعل كلام الواحد كالعقد التام حتى يتوقف على ما وراء المجلس فكذلك هنا لانه لا ضرر على أحد من هذا التوقف وان كان الصحيح من قول أبي يوسف رحمه الله انه جائز في مسئلة مبتدأة وجه قوله ان الكفالة التزام من الكفيل من غير ان يكون بمقابلته الزام على غيره والالتزام يتم بالملتزم وحده كالاقرار وهذا لانه تصرف منه فى ذمته وله ولاية على ذمته ولا يتعدى ضرره الى الطالب لانه لا يزداد بالكفالة حق الطالب وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا الكفالة تبرع وهو تبرع على الطالب بالالتزام له وانشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة وهذا لان التزام الحق بانشاء العقد والعقد لا يتم بالايجاب بدون القبول ولا يمكن جعل ايجابه قائما مقام قبول الآخر لانه لا ولاية له عليه فبقى ايجابه شطر العقد وذلك يبطل بالقيام عن المجلس بخلاف الاقرار فانه

اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام الى الطالب فان على قول بعض العلماء رحمهم الله الكفالة اذا صحت برئ الاصيل فيبقى الامر الى الطالب ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الاصيل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه فلهذا لا تصح الكفالة الا بقبوله وعلى هذا لو خاطب فضولى عن الطالب على قولهما يتوقف على اجازة الطالب وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو جائز قبله الفضولي أو لم يقبله الا فى خصلة واحدة وهى ما اذا قال المريض لورثته أو لبعضهم اضمنوا علىّ دينى فضمنوا فهذا لا يجوز فى القياس على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح اذا ضمنوه فكذلك المريض وفى الاستحسان يصح لان حق الغرماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب فى هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته فلهذا جوزناه استحسانا بخلاف ما اذا كان صحيحا فانه لا حق لاحد فى ماله ولا مطالبة فى شئ من دينه قبل ورثته فلا يقوم هو مقام الطالب فى الخطاب لهم بهذا الضمان واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه بالتماسه فمنهم من يقول لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض فى حقه والصحيح سواء ومنهم من يقول يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت ومثل ذلك لا يوجد فى الصحيح فأخذنا فيه بالقياس ثم هذا من المريض صحيح وان لم يسم الدين ولا صاحب الدين لانه انما يصح بطريق الوصية منه لورثته بأن يقضوا دينه ووجوب تنفيذ الوصية على الورثة لحق الموصي والجهالة لا تمنع صحة الوصية واذا كفل رجل برأس رجل أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو ببدنه جاز لان هذا كله يعبر به عن جميع البدن ولهذا صح ايقاع الطلاق والعتاق به فهذا وكفالته بنفسه سواء وكذلك لو كفل بروحه وهكذا ذكره فى الكتاب خاصة فانه يعبر بالروح عن النفس وكذلك لو كفل بنصفه أو بجزئه لان النفس واحدة فى الكفالة لا تتجزأ فان المستحق احضارها واحضار بعض النفس لا يتحقق وذكر جزء ما لا يتجزأ كذكر كله ولو كفل بيده أو رجله فهذا باطل لان هذا

اللفظ لا يعبر به عن جميع البدن ولهذا لا يصح ايقاع الطلاق والعتاق به فكذلك الكفالة ولو
قال عليّ أن أوفيك به أو اليّ أن أوفيك به فهو كفيل لان الموافاة به احضاره للتسليم
وذلك موجب الكفالة وقد التزمه بقوله عليّ أو اليّ وكذلك لو قال على أن أكفلك به يعني
على أن أحضره وأسلمه اليك اذا التقينا وذلك موجب الكفالة وكذلك لو قال هو على حتى
تجتمعا أو تلتقيا لانه التزام الى غاية وهو اجتماعهما وذلك موجب الكفالة والتصريح بموجب
العقد ينعقد به العقد وان قال أنا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة التزام التسليم
وهو انما ضمن المعرفة فهذا بمعنى قوله أنا ضامن لان أدخلك عليه أو أوقفك عليه بخلاف
مالو قال أنا ضامن بوجهه لان الوجه انما يعبر به عن النفس فكانه قال أنا ضامن بنفسه ولو
قال أنا ضامن لك أن تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل لان اجتماعهما أو ملاقاتهما فعلهما ولا يكون
الانسان ضامنا لفعل الغير بخلاف قوله هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا لان قوله هو عليّ اشارة
الى نفسه فانه التزم تسليم نفسه الى هذه الغاية وذلك التزام منه لفعله دون فعل الغير واذا
كفل وصى الميت غريما للميت بنفسه من رجل فدفعه الكفيل الى ورثة الميت أو غريم من
غرمائه لم يجز لانه التزم تسليم النفس الى الوصى وبالتسليم الى غيره لا يكون موفيا ما التزمه
والمقصود لا يحصل بالتسليم الي الغرماء وهم لا يتمكنون من اثبات الدين للميت عليه وكذلك
الورثة لان أيديهم لا تنبسط فى التركة عند قيام الدين على الميت وانما الوصى هو الذى يتمكن
من اثبات الدين عليه واستيفائه فلهذا لا يبرأ بالتسليم الى غيره والكفالة جائزة بالنفس فيما بين
الاولاد والازواج والزوجات وفيما بين الاقارب لجوازها بين الاختين بمنزلة سائر العقود من
التبرعات والمعاوضات والكفالة بالنفس أو المال الى الحصاد والدياس أو الى الجذاذ أو الى
المهرجان أو الى النيروز جائزة الى الاجل الذى سمي لان ما ذكر من الاجل وان كان فيه
نوع جهالة فهى جهالة مستدركة متقاربة فان الدياس والحصاد يتقدمان الحر وتأخرهما بامتداد
البرد فتكون متقاربة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة لانها مبنية على التوسع (ألا ترى)
ان الجهالة فى المكفول به لا تمنع صحة الكفالة مع انه هو المقصود بها المعقود عليه ففيما ليس
بمعقود عليه وهو الاجل أولى وبه فارق البيع فان الجهالة فى المعقود عليه هناك تمنع صحة العقد
فكذلك فى الاجل المشروط فيه لانه إذن شرط فى نفس العقد ولهذا روى ابن سماعة عن
محمد رحمهما الله انه اذا أجله فى الثمن بعد البيع الى الحصاد أو الى الدياس يجوز لانه اذا لم يكن

الاجل مشروطا فى العقد لا يصير من العقد ولكن تأثيره فى تأخير المطالبة ويجوز تأخير
المطالبة الى هذه كما فى الكفالة فان قيل مايقولون فيما اذا تزوج امرأة بصداق مؤجل الى هذا
الاجل فان الصداق يحتمل الجهالة المتقاربة ثم لا يصح اشتراط هذه الآجال فيه قلنا جواب
هذا الفصل غير مذكور فى الكتب وبين مشايخنا رحمهم الله فيه خلاف والاصح عندي أنه
تثبت هذه الآجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط هذه الآجال لا يؤثر فى أصل النكاح
بخلاف البيع فيبقى هذا أجلا في الدين المستحق بالعقد لان فى العقد والمهر يحتمل جهالة الصفة
فجهالة الاجل أولى ومن يقول لا يثبت يقول ماهو المعقود عليه فى النكاح وهى المرأة لا يحتمل
الجهالة فكذلك الأجل المشروط فيه بخلاف الكفالة وكذلك لو مد الكفالة الى العطاء أو
الى الرزق أو الى صوم النصارى أو فطرهم فهذا كله جائز باجل وان كانت فيه جهالة
مستدركة ولو قال الى ان يقدم المكفول به من سفره لان قدوم المكفول به من سفره منتشر
لتسليم نفسه الي خصمه والتأجيل الى ان ينتشر التسليم صحيح بخلاف مالو قال الى قدوم فلان
غير المكفول به لان ذلك غير منتشر لتسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض
وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار أو كلام زيد وهذا لانه انما يحتمل التعليق مايجوز ان يحلف
به كالطلاق والعتاق ويعنى بقولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة لان الكفالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه وعلى هذا لو كفل به الى ان تمطر السماء أو الى ان
يمس السماء فالكفالة جائزة والأجل باطل لان ماذكره ليس من الآجال المعروفة بين التجار
ولان الاجل بذكر الزمان فى المستقبل ولا يحصل ذلك بهذا اللفظ لجواز ان يتصل هبوب
الريح وامطار السماء بالكفالة فيبقى شرطا فاسدا فلا تبطل به الكفالة فاما ماذكر من الحصاد
والدياس فذكر زمان فى المستقبل لا بالعلم اذ زمان الدياس ليس زمان الحصاد فيصح ذلك
على وجه التأجيل ولو قال انا كفيل بنفس هذا الى قدوم فلان وذلك معه فى الدين عليهما جازت
الكفالة الى هذا الاجل لان اشتراط قدومه لينتشر الامر عليه يتمكن الطالب من استيفاء
الدين منه فكان هذا ومالو شرط قدوم المكفول بنفسه سواء ولو قال رجل لقوم اشهدوا
انى كفيل لفلان بنفس فلان والطالب غائب فقد بينا ان انشاء الكفالة بهذه الصفة لا يجوز
عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وسواء أجازه الطالب أو لم يجزه فان قال الطالب حين حضر
قد كنت كفلت لي به قبل ذلك وأنا حاضر وانما كان هذا اللفظ اقرارا منك بالكفالة وقال

الكفيل بل انشأت الكفالة بهذا اللفظ فلم يصح فالقول قول الطالب لان صيغة كلامه اقرار ولا نالو حملنا كلامه على الاقرار كان صحيحا ولو حملناه على الانشاء لم يصح وكلام العاقل مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحمل عليه وكان الظاهر شاهدا للطالب من هذا الوجه واذا كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوثق به غدا فهو كفيل بنفس فلان لرجل آخر وللطالب قبله حق فذلك جائز ان لم يواف بالاول كان عليه الثاني وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر فاما على قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله فالكفالة بنفس الاول صحيحة وبنفس الثاني باطلة بنى على الخلاف بعد هذا فى الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالمال فى هذا سواء وجه قول محمد رحمه الله ان هذه مخاطرة لانه علق الكفالة بالشرط وتعليقها لا يجوز كما لو قال ان دخلت الدار فانا كفيل لك بنفس فلان وهذا بخلاف مالو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به فعليه المال الذى له عليه لان القياس هناك ان لا تصح الكفالة الثانية لكونها مخاطرة وكنا استحسنا للتعامل الجارى بين التجار وهذا ليس فى معنى ذلك لان ذلك المال كان سببا للكفالة بالنفس فكان بينهما اتصالا من هذا الوجه فاما الكفالة بنفس عمرو فليست بسبب للكفالة بنفس زيد فلا اتصال بين الكفالتين هنا فوجب اعتبار كل واحدة منهما على حدة والثانية منهما متعلقة بالخطر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا تعليق الكفالة بخطر عدم الموافاة صحيح كما لو قال ان لم أوافك به غدا فعلى مالك عليه وهذا لان الكفالتين حصلتا لشخص واحد فكان فى تصحيح الثانية تأكيد يوجب الاولى لان موجبها الموافاة فاذا علم انه ان لم يواف به لزمته الكفالة الثانية جد في طلبه ليوافى به حتى يدفع عن نفسه ضرر التزام الكفالة الثانية ولو قال أنا كفيل لفلان أو لفلان كان جائزا يدفع أيهما شاء الكفيل الى المكفول له فيبرأ من الكفالة لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة على ما بينه فى قوله ما ثبت لك على فلان فهو على ان شاء الله تعالى ثم الكفيل بهذا اللفظ يكون ملتزما تسليم أحدهما الى الطالب لاقحامه حرف أو بينهما فيكون الخيار فى بيان ما التزمه اليه وأيهما سلم فقد وفى بما شرط واذا قال رجل لرجل لفلان على فلان مال فاكفل له بنفسه فقال قد فعلت ثم بلغ الطالب فقال أجزت فانه يجوز لانه عقد جرى بين اثنين ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فاذا كان فضوليا توقفت على اجازته فاذا أجاز صار ملتزما وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب لانه يدفع اللزوم عن نفسه عند اجازة

الطالب وللعاقد هذه الولاية فى العقد الموقوف اذا فسخه المشترى قبل اجازة المالك وليس للمخاطب أن يبطل هذه الكفالة قبل اجازة الطالب لانه لا يدفع به عن نفسه شيأ فان عند الاجازة لا يجب على المخاطب شئ بخلاف البائع فى البيع الموقوف فانه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لانه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهدة اذا أجازه المالك واذا وكل رجل رجلا أن يأخذ له من فلان كفيلا بنفسه فأخذ منه كفيلا بنفسه فان كان الكفيل كفل للوكيل فان الوكيل يأخذه بذلك دون الموكل لانه أضاف العقد الى نفسه بقوله أكفل لى والتزام الكفيل تسليم نفس المطلوب اليه فعليه الوفاء بما التزم وان كفل به للموكل أخذه الموكل دون الوكيل لان الوكيل أضاف الكفالة الى الموكل وجعل نفسه رسولا من جهته والكفيل التزم تسليم نفسه الى الموكل فان دفعه فى الوجهين جميعا الى الموكل فهو برئ من الكفالة أما فى الفصل الثانى فلا يشكل وأما فى الفصل الاول فالوكيل وان كان هو الذى يطالب للموكل فاذا سلمه الى الموكل فقد وفى الحق المستحق عليه الى مستحقه وهو كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل واذا ادعى رجل من رجل كفالة بنفس وأراد يمينه فانه يستحلفه له لانه يدعى عليه حقا مستحقا لو أقر به لزمه فاذا أنكره يستحلف عليه حتى اذا نكل عن اليمين يقام نكوله مقام اقراره فيؤخذ بذلك فان أخذ به فاستعدى على المكفول به أن يحضر فيبرئه عن الكفالة فان كان المكفول به مقرا بانه أمره بالكفالة أمر بان يحضر معه لانه هو الذى أدخله فى هذه الورطة فعليه اخراجه منها ولا طريق للاخراج سوى أن يحضر معه ليسلمه فان تسليم نفسه لا يتصور بدون نفسه وان قال كفل لى ولم آمره وحلف على ذلك لم يجبر على الحضور معه لانه تبرع بهذا الالتزام ولم يكن مأمورا به من جهة أحد فيقتصر وبال ما التزمه عليه الا أن يقيم البينة انه كفل له بأمره فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيؤمر بالحضور معه واذا كفل رجل بنفس رجل فمات الطالب فلوصيه أن يأخذه بها لان الوصى قائم مقام الموصى فى حقوقه وكما يطالب الوصى المطلوب بالحق الذى كان عليه للموصى فكذلك يطالب الكفيل وان لم يكن له وصى أخذه الورثة لانهم خلفاؤه يقومون مقامه فى حقوقه وأى الورثة أخذه به فله ذلك ولكن يبرأ الكفيل بدفعه اليه من جهته لا من جهة سائر الورثة حتى ان لهم أن يطالبوه بالتسليم لان كل واحد منهم يقوم مقام الميت فيما هو من حقه ولا يقوم مقام شركائه فى حقوقهم (ألا ترى) أنه لا يقبض من المطلوب الا مقدار

حصته من المال ولو دفع اليه جميع المال لم يبرأ من نصيب سائر الورثة ولو كان على الميت دين
محيط بماله ولم يوص الى أحد فدفعه الوكيل الى غرمائه أو الى الورثة لا يبرأ لان المقصود لا
يحصل بالدفع اليهم فان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه والورثة كالاجانب اذا كانت التركة
مستغرقة بالدين ولو كان في ماله فضل على الدين وقد أوصى الميت بالثلث فدفع الكفيل المكفول
به الى الغرماء أو الى الموصى له لم يبرأ الا أن يدفعه الى الوصي لانه هو القائم مقام الميت للمطالبة
بحقوقه حتى يوصل الى كل مستحق حقه فأما الموصى له والورثة فحقهم مؤخر عن حق الغرماء
والخلافة لكل واحد منهم بقدر حقه فلهذا لا يبرأ الا بدفعه الى الوصي ولم يذكر في الكتاب
ما اذا دفعه الى الثلاثة جميعا قيل يبرأ بالدفع اليهم لان الحق لهم لا يعدوهم و لاصح انه لا يبرأ
لان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه فلا يعتبر دفعه اليهم ولا حق للورثة والموصى له مالم
يصل الى الغرماء حقهم فاذا أدى الورثة الدين والوصية جاز الدفع الى الورثة وبرئ الكفيل
من كفالته لان المانع من صحة الدفع اليهم قيام حق الموصى له والغريم وقد زال ذلك بوصول
حقهم اليهم فبقي الحق للورثة فلهذا جاز دفعه اليهم واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل ثم دفعه
الى أحدهما برئ من كفالة هذا وكان للآخر ان يأخذه لانه التزم تسليمه اليهما وواحد منهما
ليس بنائب عن الآخر في استيفاء حقه فلا يبرأ عن حقه بالتسليم الى الآخر ولكن في حق
من سلم اليه المقصود لم يحصل بهذا التسليم لانه يتمكن من خصومته واثبات حقه عليه وكذلك
وصيان لميت كفلا رجلا بنفسه للميت عليه دين فدفعه الكفيل الى أحد الوصيين برئ منه
وكان للآخر أن يأخذه به سواء كانت الكفالة في صفقة واحدة أو في صفقتين لان كل
واحد منهما ينفرد بالخصومة فيحصل المقصود بالتسليم اليه فلهذا برئ من حقه والله أعلم

باب الكفالة بالنفس فان لم يواف به فعليه المال

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فكفل رجل بنفس المطلوب فان لم
يواف به الى وقت كذا فعليه ماله عليه وهو كذا فمضي الاجل قبل ان يوافيه به فالمال لازم
له عندنا استحسانا وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول لا يلزمه المال وهو القياس لانه علق
التزام المال بالخطر وتعلق التزام المال بالخطر باطل كالاقرار لانه انما يعلق بالاخطار ما يجوز ان
يحلف به ولهذا لا يجوز تعليق الكفالة بسائر الشروط فكذلك بخطر عدم الموافاة وللاستحسان

وجهان أحدهما انه يحمل على التقديم والتأخير فيجعل كأنه كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة
على الكفالة بالموافاة بنفسه والموافاة تصلح سببا للبراءة عما التزمه بالكفالة والتقديم والتأخير
في الكلام صحيح فاذا أمكن في هذا الوجه تصحيح كلامه حمل عليه وللتحرز عن الغاية والثاني
ان هذا متعارف فيما بين الناس فان رغبة الناس في الكفالة بالنفس أكثر منه بالكفالة بالمال
فللطالب ان يرضي بأن يكفل بنفسه على أنه ان لم يواف به يكون كفيلا بالمال حينئذ وفيه
يحصل مقصوده فانه يجدّ في طلبه ليسلمه الى خصمه فيتمكن من استيفاء الحق منه وان لم يفعل
يصير كفيلا بالمال فقد بينا ان سبب كفالته بالنفس هو المال الذى ادعاه قبله ويكون للحقين
اتصال من هذا الوجه فاذا عين الكفالة بأحدهما وأخر الكفالة الثانية الى وقت عدم الموافاة
كان صحيحا واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس لانه لا منافاة بين
الكفالتين (ألا ترى) انه لو كفل بهما معا كان صحيحا وبعد ما صحت الكفالة بالنفس لا
يستفيد البراءة عنها إلا بالموافاة بالنفس ولم يوجد ذلك وكذلك ان كان قال فعلي مالك عليه ولم
يسم كم هو جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فانها مبنية على التوسع مع ان عين
الجهالة لا تؤثر في العقد وانما المؤثر جهالة تفضي الى المنازعة (ألا ترى) ان بيع القفيز من
الصبرة جائز فان جهالة القفيز لا تقتضى المنازعة وهنا الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان الحق
الذي له عليه معلوم في نفسه وان لم يكن معلوما فاعلامه بطريق ممكن فلهذا صحت الكفالة
(ألا ترى) أنه لو قال كفلت لك ما أدركك في هذه الجارية التى اشتريت من درك كان جائزا
وأصل لحوق الدرك وقدر ما يلحقه فيه من الدرك مجهول وقد اعتاد الناس الكفالة بهذه
الصفة وكذلك لو قال كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهي خطأ
كان جائزا بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدرى قدر
ما يبقى من الشجة وانه هل يسرى الى النفس أو لا يسرى فدل ان مثل هذه الجهالة لا تمنع
الكفالة وكذلك لو قال كفلت بالمال الذي لك عليه ان وافيتك به غدا فان برئ منه كان
جائزا عن المال اذا أسلم نفسه اليه في الغد لان ابراء الكفيل اسقاط محض والاسقاط بالتعليق
بالشرط كالطلاق والعتاق ولان الموافاة بنفسه ممكنة للطالب من الوصول الى حقه فيجعل ذلك
قائما مقام وصول حق الطالب اليه في ابراء الكفيل ولكن هذه الاقامة تكون عند الشرط
فلا تثبت بدون الشرط واذا كفل رجل رجلا وقال ان لم أوافك به غدا فعلي ألف درهم ولم يقل

التي لك فمضى الغد ولم يواف به وفلان ينكر ان يكون عليه شيء والطالب يدعي عليه ألف درهم والكفيل ينكر ان يكون له عليه شيء فالمال لازم على الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله لاشيء عليه لان بمجرد دعوى الطالب لا يثبت المال على واحد منهما فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة والرشوة حرام ولو جعلناه كأنه قال فعلى الالف التي لك عليه لزمه المال ولو جعلناه كانه قال فلك علي ألف درهم ابتداء من جهتي لم يلزمه شيء والمال لا يجب بالشك لعلمنا ببراءة ذمته في الاصل ووقوع الشك في اشتغالها وحجتهما ما بينا ان الصحة مقصود كل متكلم فمهما أمكن حمل كلامه على وجه صحيح يجب حمله عليه ولو حملناه على الالتزام بطريق الرشوة لم يصح ولو حملناه على الالتزام بطريق الكفالة عن فلان كان صحيحا فعلي مالك عليه وهو ألف درهم موجب حمله على هذا الوجه (ألا ترى) أن من قال اميره لك علي ألف درهم حمل كلامه على الاقرار فيصح ولا يحمل على الالتزام ابتداء لانه اذا حمل عليه لم يصح * توضيحه ان أول كلامه كفالة صحيحة عن فلان والاصل أن ما مبناه على كلام صحيح يكون صحيحا على ما بينا هذا في الفرق بين الوجه واليدان شاء الله تعالى واذا حملنا آخر كلامه على الكفالة كان ذلك اقرارا منه بوجوب المال على فلان واقراره صحيح في حق نفسه فلا ينفعه الانكار بعد ذلك ولو ادعي الطالب المال وجحد المطلوب وكفل رجل بنفسه فان لم يواف به غدا فعليه الذي ادعى على المطلوب فلو مضى الغد ولم يواف به لزم الكفيل المال عندهم جميعا لانه صرح بالالتزام بطريق الكفالة عن فلان وذلك اقرار بوجوب المال علي فلان لان الكفالة لا تصح الا به واقراره حجة على نفسه فاذا أداه رجع به على المطلوب ان كان أمره أن يكفل عنه بالمال وان لم يأمره بذلك وأمره أن يكفل بالنفس لم يرجع عليه بالمال لانه متبرع بالكفالة بالمال وهذا عندنا وقال مالك رحمه الله الكفيل بالمال اذا أدى يرجع على الاصيل سواء أمره بالكفالة عنه أو لم يأمره لان الطالب بالاستيفاء منه يصير كالمملك لذلك المال من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل ولكنا نقول تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فبنفس الكفالة يجب المال للطالب على الكفيل كما يجب للكفيل علي الاصيل ولكن يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره والثاني أن عند الكفالة بالامر يجعل أصل المال كالثابت في ذمة الكفيل عند الاداء تملكه بالاداء وذلك يصح

عند وجود الرضا من الطالب والمطلوب واذا كانت الكفالة بغير أمره لايمكن اثبات أصل المال في ذمته حتي يتملكه بالاداء لانعدام الرضا من المطلوب بذلك فلهذا لا يرجع عليه قال وكذلك لو كان المطلوب عبدا تاجرا لانه تبرع عليه والعبد في التبرع عليه كالحر ولو كفل بنفس المطلوب على أن يوافيه به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي له عليه فلو سأله الرجل أن يدفعه اليه فدفعه اليه مكانه فهو بريء من المال لان شرط التزام المال عدم الموافاة حين يطلبه منه فاذا وافاه به في المجلس الذي طلب منه فقد انعدم شرط وجوب المال وان لم يدفعه اليه فقد تقرر شرط وجوب المال فيلزمه وكذلك ان قال ائتني به العشاء أو الغداء فلم يوافه به على ما قال فالمال لازم عليه لوجود شرطه وان قال الطالب ائتني به غدوة وقال الكفيل آتيك به بعد غدوة فأبى الطالب أن يفعل فلم يواف به الكفيل غدوة فالمال عليه لان الكفيل استمهله وله أن يأبى الامهال فاذا أباه بطل ذلك الاستمهال فيبقى عدم الوفاء الى الوقت الذي طلب منه فيلزمه المال وان أخره الطالب الى بعد غد كما قال فقد أجابه الى ما التمس من الامهال وصار في التقدير كأنه أمره بالموافاة بعد غد فاذا أوفاه به فقد بريء عن المال وان مضى بعد غد ولم يوافه به فعليه المال وان كان شرط أن يوافيه به عند مكان القاضي فدفعه اليه في السوق أو الكناسة فهو بريء من المال لانه أتاه بالموافاة المستحقة عليه فان التقييد بمكان القاضي غير معتبر لان المقصود أن يتوصل الى الخصومة معه وذلك حاصل بالتسليم في المصر وقد بينا هذه الفصول في الباب المتقدم وان شرط عليه أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي أو شرط عليه عند القاضي فدفعه اليه عند الامير أو شرط له عند القاضي فاستعمل قاض غيره فدفعه اليه عنده فهو بريء لانه ليس المقصود بهذا التقييد عين القاضي والامير وانما المقصود تمكنه من اثبات الحق عليه بالحجة والاستيفاء منه بقوة الوالي وفي هذا المقصود الامير والقاضي الاول والثاني سواء وقد بينا أن ما لا يكون مفيدا من التقييد لا يعتبر ولو كفل بوجهه على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف درهم فهو جائز على ما شرط ولو كفل بيده أو برجله على هذا الشرط كان باطلا لا يلزمه المال فيه والفرق بينهما أن الكفالة الثابتة بالمال مبنية على الكفالة الأولي بالنفس والكفالة بالنفس بالاضافة الى الوجه تصح فاذا صح ماهو الاصل صح ما جعل بناء عليه لمعنى وهو ان الكفالة بالمال لا يمكن اثباتها بهذه الصفة مقصودا لانه علقها بالشرط وتعليق الكفالة بالشرط لا يصح وانما

يصححها اعتبار التبعية للكفالة الاولى وثبوت التبع بثبوت المتبوع ففى الفصل الاول لما صح المتبوع صح التبع وفى الفصل الثانى لم يصح المتبوع فلا يمكن تصحيحه التبع ولا يمكن تصحيح الكفالة بالمال مقصودا بهذه الصفة فتعينت جهة البطلان فيه واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يوافه به غدا فالمال الذى للطالب على فلان رجل آخر وهو ألف درهم على الكفيل فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر وفى قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول الكفالة بالمال باطلة (وهذه الفصول أحدها) أن يكون الطالب والمطلوب واحدا فى الكفالتين فتجوز الكفالتان استحسانا كما بينا (والثانى) أن يكون الطالب مختلفا فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين نحو ان يكفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذى لرجل آخر على هذا المطلوب على الكفيل أو المال الذى لرجل آخر سوى الطالب على رجل آخر سوى المطلوب على الكفيل فهذا باطل بالاتفاق لان عند اختلاف الطالب الكفالة الثانية لا تكون تابعة للكفالة الأولى ولا يكون تصحيحها مقصودا لانه تعليق للالتزام بالشرط ولانا عند اتحاد الطالب والمطلوب صححنا الكفالة الثانية حملا لكلامه على معنى التقديم والتأخير ولا يتأتى ذلك عند اختلاف الطالب فاما اذا كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو على الخلاف كما بينا فمحمد رحمه الله يقول الكفالة الثانية هنا لا يمكن تصحيحها تبعا للكفالة الأولى لان الكفالة الأولى بنفس غير نفس المطلوب بالمال ولا يمكن أن تجعل الموافاة بنفسه مبرئة له عما التزمه عن آخر فبقيت هذه كفالة مقصودة متعلقة بالشرط وهى مخاطرة فلا يصح كما قال فى الفصل الثانى وكذلك لا يمكن تصحيح الكفالة هنا بحمل كلامه على التقديم والتأخير بخلاف ما اذا اتحد المطلوب فاما أبو يوسف رحمه الله فانه يقول الكفالة الثانية هنا توثق بحق من وقعت الكفالة الاولى له فيصح كما اذا اتحد المطلوب وهذا لان الكفالة انما تقع للطالب حتى يحتاج اليه قبول الطالب واذا كان الطالب واحدا أمكن جعل الكفالتين فى المعنى ككفالة واحدة واتباع الثانية للاولى فيحكم بصحتها بخلاف ما اذا اختلف الطالب ولو قال فان لم أو افك به فالمال الذي لك عليه وهو مائة درهم والمال الذى لك على فلان وهو عشرة دنانير علي فان ذلك كله عليه عند عدم الموافاة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله عليه المال الذي كان على المطلوب دون الذى علي غيره اعتبار الحالة الجمع بينهما بحال افراد كل واحد منهما واستشهد لهما بما لو كان عليهما مال واحد

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكفل بنفس أحدهما على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي على فلان وهو كذا على ان لم أواف به ان ذلك عليه وعند محمد رحمه الله واضح لان المال هنا واحد سواء اضافه الى المكفول بنفسه أو الى صاحبه ولو كفل بنفس رجل للطالب عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه ان لم يواف به فالمال الذي له على فلان المكفول به الاول عليه فهو جائز وهذا عندهم جميعا وعند محمد رحمه الله ان الكفالة بالنفس هنا باعتبار ذلك المال (ألا ترى) ان المطلوب اذا برئ من ذلك المال برئ الكفيل الاول والثانى فامكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس واذا كفل رجل بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا لانه ردد الالتزام بين شيئين وقد ذكرنا ان مثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الالتزام بحكم الكفالة والخيار الى الكفيل وأيهما سلم المال أو النفس برئ لان حرف أو للتخيير وعزيمة الكلام في أحدهما واذا كفل بنفس فلان أو بما عليه أو بنفس فلان آخر أو بما عليه فهو جائز وأي ذلك دفع الكفيل فهو برئ لان الجهالة فى المكفول به لا تمنع صحة الكفالة عند عدم التنصيص فعند التنصيص عليه أولى وأي ذلك دفع فقد وفى بما لزمه ولو ادعى رجل قبل رجل ألف درهم فأنكرها ثم قال ان لم أوافك به غدا فهو على فان لم يوافه به غدا لا يلزمه شئ لانه تعليق للالتزام بالخطر بمنزلة قوله ان دخلت دارك فهو على وهذا بخلاف ما لو كفل رجل بنفس جاحد وقال ان لم أو افك به غدا فالذى تدعى عليه لك علي لان الكفالة بالنفس والمال جائزة ويلزم الكفيل المال ان لم يواف لانه جعل التزام المال تبعا للكفالة بالنفس وقد صحت الكفالة بالنفس فكذلك بالمال وحقيقة المعنى فى الفرق انه ليس من شرط توجه المطالبة على الكفيل وجوب أصل المال فى ذمته على ما بينا أن موجب الكفالة المطالبة بما هو فى ذمة غيره وهو لما قدم على الكفالة صار كالمقر بوجوب المال فى ذمة المطلوب واقراره بذلك ملزم اياه وان لم يثبت المال له فى ذمة المطلوب بخلاف المطلوب اذا علق الالتزام بعدم موافاته لانه لا يمكن توجه المطالبة عليه الا بعد وجوب المال فى ذمته ولم يوجد منه الاقرار بوجوب المال عليه صريحا ولا دلالة فكانت هذه مخاطرة حتى لو كان المطلوب أمر الكفيل بالكفالة بهذا الشرط يجب المال به على المطلوب كما يجب على الكفيل ولو كفل رجلا بنفسه فان لم يواف به غدا فالالف درهم التى لك عليه على فلان آخر سوى الكفيل بالنفس واقرار الكفيل بالمال بذلك فهو جائز على هذا الشرط لان معنى الاستحسان الذى

ذكرنا فى الفصل الاول اذا أضاف الكفالة بالمال الى نفسه يأتى هنا أيضا وهو أن يحمل كلامه على التقديم والتأخير ويجعل كان أحدهما كفيل بنفس المطلوب والآخر بالمال بشرط أن الكفيل بنفسه ان وفى بالنفس برئ الكفيلان جميعا فإنهما صرح بهذا كان جائزا مستقيما لان عند الموافاة بالنفس الطالب يستغنى عن الكفالتين فلهذا تعينت البراءة عن الكفالتين بسبب بعينه عنهما ولافرق فى ذلك بين أن يكون الكفيل رجلا أو رجلين واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو الالف فلم يواف به الكفيل ولكن الرجل لقى الطالب وخاصمه ولازمه فى المسجد حتى الليل فالمال لازم للكفيل لوجود شرطه وهو عدم موافاة الكفيل به وقد بينا أنهما وان تلاقيا لا يبرأ الكفيل به عن الكفالة بالنفس بخلاف ما اذا وافاه به فكذلك فى وجوب المال وهذا لان تسليم المطلوب نفسه الى الطالب أنواع قد يكون عما هو مستحق عليه وقد يكون من جهة الكفالة فلا تتعين جهة الكفالة في تسليمه الا بالتنصيص لان الاصل فى تسليمه أنه عما هو مستحق عليه فان الكفالة بناء على ذلك الاستحقاق الا أن يكون المطلوب قال قد دفعت نفسى اليك عن كفالة فلان فحينئذ يصح ذلك منه لانه مطلوب بذلك من جهة الكفيل فيصح تعيينه لتلك الجهة ليسقط به مطالبة الكفيل عن نفسه واذا صح ذلك كان هذا وموافاة الكفيل به سواء فيبرأ من المال (ألا ترى) أنه لو بعث به مع رسوله الى الطالب كان ذلك موافاة منه حتى يبرئه من المال ولو كفل رجل بنفس الكفيل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذى كفل عن فلان وهو ألف عليه فوافى الكفيل الاول بالمطلوب ودفعه اليه فى الغد فالكفيلان بريئان من الكفالة بالمال أما الكفيل الاول فلوجود الموافاة منه وأما الكفيل الثانى فلان الكفيل الاول فى حقه أصيل وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وان لم يواف به الاول ولا الثانى ووافى الكفيل الاول فى الغد فان الكفيل الثانى يبرأ لوجود شرط البراءة فى حقه وهو الموافاة بنفس الكفيل الاول في الوقت الذى اشترطه والتزم المال الكفيل الاول لوجود شرطه وهو عدم الموافاة بنفس المطلوب ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به الى شهر فالمال الذى عليه وهو مائة عليه ثم لقى الطالب به المكفول قبل الاجل فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه وبالمال بهذا الشرط أيضا فوافى به أحدهما فى الاجل فان الذى وافى به برىء من المال والنفس ولا يبرأ الآخر لان كل واحد منهما التزم تسليم النفس بعقد على حدة فموافاته به تكون تسليما عن نفسه لا عن غيره فيجب المال على

الآخر لوجود شرطه وهو انعدام الموافاة بالنفس منه وان قال الكفيل الذى وافى به قد دفعته من نفسى وعن فلان فانه يكون عن نفسه ولا يكون عن فلان لان التسليم الواحد لا يكون عن جهتين ولانه متبرع فى التسليم عن فلان لان ذلك الالتزام غير متعلق به أصلا فهو فى ذلك كاجنبي آخر فلا يصح تسليمه عن فلان الا أن يقبله الطالب فاذا قبله على ذلك برئا جميعا ويصير كأنه سلم مرة عن نفسه ومرة عن فلان فان الاستدامة على ما يستدام بمنزلة الانشاء وعلى هذا لو جاء رجل ليس بكفيل فقال قد دفعته اليك عن فلان لم يبرأ واحد منهما الا أن يقبله الطالب عنهما ولو قال المكفول به قد دفعت نفسى اليك عن فلان وفلان برئا جميعا من الكفالتين ولا يشترط قبول الطالب هنا لان الطالب مطالب من جهة كل واحد من الكفيلين بتسليم النفس اليه لتسليمه الى الطالب فلا يكون هو متبرعا فى هذا التسليم فلا يشترط فيه قبول الطالب بخلاف الأجنبي * وتوضيح هذا الكلام لو كان المكفول به قاعدا مع الطالب يحدثه فقال رجل للطالب قد دفعت اليك هذا عن فلان فسكت الطالب أو قال لا لم يبرأ الكفيل وان قال الطالب نعم قد قبلت فالكفيل برىء لان المسلم ليس بخصم عنه فكان متبرعا فلا تقع البراءة للكفيل الا بقبول الطالب ولو كان المتكلم بذلك وكيل الكفيل برئ الكفيل لان وكيله قائم مقامه فصار تسليم النفس كتسليم المال في حكم البراءة ولو ان أجنبيا أدى المال عن المطلوب لم يبرأ المطلوب الا بقبول الطالب بخلاف ما اذا كان المؤدى وكيل المطلوب أو المطلوب نفسه فكذلك البراءة عن الكفالة بالنفس ولو كفل ثلاثة رهط بنفس رجل فان لم يوافوا به يوم كذا فعليهم المال الذى عليه وهو ألف درهم فلم يوافوا به فعلى كل واحد منهم ثلث الالف كما لو أرسلوا الكفالة بالمال والمعنى فيه أنه التزام للمال أو للمطالبة فاذا أضيف الى جماعة يتوزع على عددهم كالاقرار ولو قال ثلاثة نفر لرجل لك علينا ألف درهم يجب على كل واحد منهم ثلث الالف فان وافى به أحدهم فى ذلك اليوم فهم جميعا برآء من المال والنفس لانهم التزموا تسليم النفس بعقد واحد فموافاة أحدهم به كموافاتهم جميعا وكذلك ان كان قال فعليهم الالف التى عليه وبعضهم كفيل عن بعض بها فوافى به أحدهم برئوا جميعا وهذا أظهر وان لم يوافوا به لزمهم المال وللطالب ان يأخذ أيهم شاء بجميع المال لان كل واحد منهم التزم عن الاصيل ثلث المال وكل واحد عن صاحبه كفيل بالثلث الذى التزمه أيضا فان أدى أحدهم جميع المال رجع كل واحد على صاحبه بثلثه ان شاء

لانه كفل عن كل واحد منهم بثلث المال وأدى ثلثه ويرجعون جميعا علي صاحب الاصل بالمال وان شاء المؤدى رجع علي أحد صاحبيه بالنصف لانه يقول أنت مساو لى فى هذه الكفالة وقد أديت المال فارجع عليك بنصفه لنستوى فى القيام بالكفالة كما استوينا فى الكفالة فان قيل كيف يرجع عليه بالنصف وهو انما كفل عنه الثلث قلنا نعم ولكن الثلث الذى علي الثالث المؤدى وهذا الآخر يستويان فى الكفالة عنه بذلك فكان له ان يقول نصف ذلك الثلث أديته بحكم الكفالة عنك لانك كفيل معى عنه بذلك وبعضنا كفيل عن بعض فلهذا رجع عليه بنصفه فاذ افعل ذلك ثم لقيا الثالث رجعا عليه بثلث المال ليستووا في عدد الكفالة ثم اذا لقوا المطلوب رجعوا عليه بجميع المال ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم التى له عليه فلم يواف به فى الغد وقال الطالب وصاني الالف وأديته الفا أخرى أو قال لم يكن لى عليه يومئذ شئ ولكن أديته ألفا قبل حلول الاجل لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه انما كفل المال الواجب عليه عند الكفالة بالنفس لا عند عدم الموافاة وذلك المال قد سقط أو تبين انه لم يكن واجبا باقرار الطالب وما وجب بعد ذلك لم يتناوله عقد الكفالة فلا يطالب الكفيل بشئ منه ولو قال ان لم يواف به فعليه المائة درهم التى له عليه وما باعه من شئ ما بينه وبين ان يمضى هذا الاجل لزمه على ما قال لان الكفلة هنا كما تناولت الواجب عند الكفالة بالنفس تتناول مايجب بعدها قبل الاجل وكل واحد منهما صحيح لانه أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المبايعة فما كان قائما من المال عند عدم الموافاة يصير الكفيل به كفيلا به ولو كفل بنفس رجل وان لم يواف به الى كذا من الاجل فعليه المال الذى عليه وهو مائة درهم فمات المكفول به قبل الاجل ثم مضى الاجل فالمال على الكفيل لان شرط الوجوب عدم الموافاة وذلك يتحقق بعد موت المكفول به وان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة وذلك لا يكون بعد موت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بالموت فينبغى ان لا يلزمه المال وهو كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته كذا فأهريق الماء قبل الليل لا يقع الطلاق لان الشرط عدم شرب يتأتى أو يكون مستحقا باليمين فى آخر النهار ولا يتحقق ذلك اذا اهريق والجواب عنه ان نقول هما جعلا عدم الموافاة شرط وجوب المال فالتقييد بموافاة مستحقة يكون زيادة ثم حقيقة المعنى وبه يتضح الفرق

ان تصحيح الكفالة بالمال هنا بطريق التقديم والتأخير وهو انه يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق التركة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لا توجد بالموت فيبقى المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الي هذا التقديم والتأخير فى اليمين بالطلاق لان الطلاق يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلهذا افترقا وان مات الكفيل قبل حلول الاجل فان مضى الاجل قبل أن يوافى ورثة الكفيل الطالب بالرجل فالمال دين فى مال الكفيل لان شرط البراءة الموافاة بالنفس ولم توجد ثم يضرب الطالب مع سائر غرمائه فى تركته لان حق الطالب قبله فى حكم دين الصحة فى الوجه قلنا انه يجعل كانه كفل بالمال فى الحال وعند الكفالة كان صحيحا فلهذا كان حق الطالب بمنزلة غرماء الصحة يضرب معهم فى تركته وان دفعوه اليه فى الاجل أو دفع المكفول به نفسه برئ الكفيل من المال والكفالة لان موافاة الوارث بنفسه كموافاة المورث فى حياته وكذلك دفع المكفول به نفسه من جهة الكفالة بمنزلة دفع الكفيل فقد وجد شرط البراءة عن المال وهو الموافاة بالنفس وان لحق الكفيل بدار الحرب مرتدا فهو بمنزلة موته فى أن تسليم الورثة يقوم مقام تسليمه فى براءة الكفيل لانهم يخلفونه فى أمواله بهذا السبب كما يخلفونه بعد موته وان لحق المكفول به بدار الحرب فان مضى الاجل قبل أن يوافى به فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال الموافاة بالنفس ولم توجد وأكثر ما فيه أن يكون لحوقه كموته وقد بينا أن المال بعد موته يجب علي الكفيل عند عدم الموافاة فهذا مثله ولو كان المكفول به امرأة فارتدت ولحقت بالدار وسبيت فوافى بها وهى أمة فى الاجل برئ الكفيل من الكفالة والمال لان شرط البراءة وهو الموافاة فى الاجل قد وجد والموافاة تتحقق بعد ماصارت أمة ولانها حين سبيت سقط الدين عنها وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك لو كان المكفول به رجلا فوافى به وهو حلال الدم بردة أو قتل عمدا لان الموافاة بعد حل دمه تتحقق كما تتحقق قبله ولو مات الطالب فوافى به الكفيل وصيه برئ من المال والكفالة لان وصيه قائم مقامه بعد موته فتسليم النفس اليه كالتسليم الى الموصي فلهذا يستفيد به البراءة وان لم يكن له وصي فوافى به ورثته فان كان عليه دين يستغرق ماله لم يبرأ بتسليمه الى الورثة لانهم لا يملكون شيأ من تركته مع الدين المستغرق فالتسليم اليهم فى هذه الحال بمنزلة التسليم اليهم قبل موته وهذا لان المقصود لا يحصل بالتسليم اليهم فانهم لا يتمكنون من مطالبته بالمال فأما اذا لم يكن

عليه دين فيبرأ بتسليمه الى جميع الورثة لانهم خلفاؤه فى التركة فيتمكنون من مطالبته بالمال فتسليمه اليهم بمنزلة تسليمه الى الطالب فى حياته ولو وافى به أحدهم برئ من الكفالة لهذا الواحد ولم يبرأ من غيره لما بينا أن حق المطالبة والاستيفاء اليه فى نصيبه دون نصيب سائر الورثة فقد برئ بالتسليم اليه فى نصيبه دون نصيب غيره ولو كفل بنفس رجل لرجلين فان وافاهما به فكذا والا فعليه مالهما عليه فلو وافى به أحدهما والآخر غائب برئ من كفالة الشاهد لوجود شرط البراءة فى حقه وهو الموافاة بالنفس ولزمه نصيب الغائب من المال لانعدام شرط البراءة فى حقه فان شريكه لم يكن نائبا عنه فى المطالبة بحقه ثم ما أخذه الغائب من الكفيل يكون بينه وبين شريكه لان أصل المال كان مشتركا بينهما فاستيفاء أحدهما نصيبه من الكفيل بمنزلة استيفائه من الاصيل فكان له أن يشاركه فى المقبوض ولو ماتا جميعا كان ورثتهما على ما كانا عليه حتى اذا سلمه الى ورثة أحدهما برئ فى نصيبه دون نصيب الآخر اقامة لكل وارث مقام مورثه ولو كان الطالب واحدا فتغيب عند حل الاجل فطلبه الكفيل وأشهد على طلبه ولم يدفع اليه الرجل فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال تسليم النفس الى الطالب ولم يوجد ذلك وان طلبه ليسلمه فيبقى المال عليه فان قيل انما تغيب قصدا منه الى الاضرار بالكفيل فيبقى الى ان يرد عليه قصده ويقام هذا مقام تسليمه لان الكفيل أتى بما فى وسعه قلنا الكفيل هو الذى أضر بنفسه بكفالته بالمال وقد بينا أن وجوب المال عليه بالكفالة لانعدام الموافاة ولكن الموافاة بنفسه مبرئة له عن المال فاذا انعدم ذلك بقى المال عليه بكفالته لا بتغيب الطالب وكذلك لو كان اشترط عليه مكانا فوافى به ذلك المكان وتغيب الطالب لان المبرئ له تسليم نفسه الى الطالب دون احضاره ذلك ولا يتصور تسليمه الى الطالب وهو غائب فوجود احضاره ذلك المكان كعدمه وان كان الكفيل اشترط فى الكفالة انه برىء منه ان وافى به المسجد الاعظم وأشهد عليه يوم كذا فوافى به المسجد يومئذ وأشهد وغاب الطالب فقد برئ الكفيل من الكفالة بالنفس والمال لانه جعل شرط براءته احضاره للمسجد فى ذلك الوقت وقد وجد ذلك فيبرأ من الكفالة بالنفس والمال جميعا وكذا فى الكفالة بالنفس وحدها وهذا لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد بردنه فيصح تعليقه بحضور المكان فى وقت معلوم كالطلاق والعتاق واذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو كفل بنفسه الى غد فى المسجد فعليه المائة الدرهم التى

له عليه ولو اشترط الكفيل على الطالب ان لم يوافنى غدا عند المسجد ليقبضه منى فانا برىء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت به وقال الطالب قد وافيت ولم تواف لم يصدق كل واحد منهما على الموافاة لان كل واحد منهما يدعى موافاته وخصمه يكذبه فى ذلك فلا تثبت موافاة بدعوى كل فى حق صاحبه وكان الكفيل على كفالته والمال لازم لما بينا انه ملتزم للمال بنفس الكفالة وجعل شرط براءته موافاته ولم يثبت ذلك بقوله فلا يبرأ منه ولو جعل شرط البراءة عدم موافاة الطالب ليقبضه منه ولم يثبت هذا الشرط بقوله لم تواف أنت بل يجعل القول قول الطالب مع يمينه على ما عرف أن الشرط سواء كان نفيا أو اثباتا لا يثبت الا بحجة والقول قول من ينكر وجود الشرط فان أقام كل واحد منهما البينة على الموافاة الى المسجد ولم تشهد على دفع الكفيل اليه فان المال لا يلزم الكفيل لانه قد أثبت بالبينة شرط براءته عن المال وهو عدم موافاة الطالب ليقبضه منه فيبرأ من المال ولكن الكفالة بالنفس على حالها لان براءته عن الكفالة بالنفس بتسليمه الى الطالب ولم يوجد ولان البينتين قد تحققت المعارضة بينهما فامتنع القضاء بما كان متقررا وهو وجوب تسليم النفس بحكم الكفالة والعمل بهما ممكن فى البراءة على المال لان الكفيل يثبت شرط البراءة ببينة والآخر ينفى فيترجح الاثبات وان أقام المطلوب البينة على موافاة المسجد ولم يقم الطالب البينة برئ الكفيل من كفالة النفس والمال جميعا لان الطالب غير مصدق على الموافاة والكفيل أثبت ببينته موافاته المسجد فوجب قبول بينته على ذلك واذا قبلنا بينته صار الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيثبت شرط البراءة عن المال والنفس جميعا ولو كفل بنفسه على ان يدفعه اليه غدا فان لم يفعل فالمال عليه ولو اشترط الكفيل عليه ان لم توافنى فتقبضه منى فانا برىء من الكفالة والمال فلم يلتقيا من الغد فالكفيل برىء والقول قول الكفيل ان الطالب لم يواف مع يمينه وعلى الطالب البينة بخلاف ما تقدم لان هناك موافاة المكان مشروطة على الطالب والكفيل جميعا وموافاة الكفيل لا تثبت بقوله لانه يدعى وجود فعل كان مشروطا فلا يصدق عليه الا بحجة ولهذا لو أقام البينة على الموافاة بنفسه برئ لان موافاته المكان مشروطة عليه فتثبت ببينته فاما فى الفصل الاول فالموافاة غير مشروطة على الكفيل وانما هى مشروطة على الطالب وان يأتى ليقبضه منه ولم يأت فقد وجد شرط براءة الكفيل عن المال فلهذا كان بريئا وحاصل الفرق بين هذه الفصول بحرف وهو ان من ينكر فعل غيره فالقول قوله فى ذلك لانه متمسك

بالاصل ومن يدعي فعل نفسه لايقبل قوله الا بحجة لانه يدعى أمرا عارضا ولو كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ماللطالب عليه من شئ فلم يواف به الغد وقال الكفيل لاشئ لك عليه فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه التزم مالا موصوفا وهو ان يكون واجبا على الاصيل فلما لم يثبت الوجوب على الاصيل لا يصير هو ملتزما كما لو قال ما قضى به لك عليه فهو على فمالم يصر المال مقضيا به على الاصيل لايجب على الكفيل وبقول الطالب لم يصر المال واجبا على الاصيل والكفيل فى انكاره تمسك بالاصل وهو عدم الطالب فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه استحلاف على ماهو فعل غيره وهذا بخلاف ماتقدم وهو ما اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذى تدعى عليه على لانه كفل هناك بما يدعيه الطالب والدعوى متحققة منه فلما وجدت الصفة التى قيدت الكفالة بما يصحح التزامه للمال كان مؤاخذا به وكذلك ان قر الكفيل بمائة درهم واقر المكفول عنه بمائة درهم صدق المكفول عنه ولم يصدق الكفيل لما بينا أنه التزم بالكفالة ما كان واجبا على الاصيل وقت كفالته واقرار الاصيل ليس بحجة على الكفيل فانما يثبت الوجوب وقت الكفالة فما أقر به الكفيل وهو المائة فلايلزمه أكثر من ذلك ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فعليه من المال قدر ما أقر به المطلوب فلم يواف به الغد واقر المطلوب أن عليه ألف درهم فالكفيل ضامن لها لانه قيد الكفالة هنا بصفة ثبتت تلك الصفة باقرار المطلوب فيتم به شرط الالتزام بالكفالة بخلاف الاول فان باقراره هناك ثبت الوجوب عليه وقت الاقرار وانما التزم هو بالكفالة ما كان واجبا عليه وقت الكفالة ولا يثبت ذلك الا فيما أقر به الكفيل لو نكل عن اليمين فيه بعد الاستحلاف ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب فلم يواف به الغد وادعى الطالب ألف درهم وأقر بها المطلوب وجحدها الكفيل فالقول قول الكفيل مع يمينه على علمه وهو مشكل لانه انما كفل هنا بما ادعاه الطالب وقد تحققت الدعوى منه والاقرار من المطلوب ولكن مراده من هذه المسئلة انه كفل بما ادعاه الطالب قبل الكفالة ولم تظهر تلك الدعوى منه ولكنه لما لم يواف به غدا ادعى الآن أنه كان ادعى عليه ألف درهم قبل الكفالة وهو غير مصدق فى هذا فالقول للكفيل فى انكاره انك لم تدع مع يمينه على علمه بخلاف ماتقدم فان هناك انما كفل بما يدعى الطالب عليه وقد وجد ذلك منه بالمعاينة بعد الكفالة ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا جلس القاضي فان لم يواف به فعليه الألف التى للطالب

عليه فلم يقعد القاضى أياما ولم يواف به وطلبه صاحبه فلم يأت به فلا شئ عليه أى على الكفيل من المال لانه جعل شرط وجوب المال عدم الموافاة اذا جلس القاضى وان لم يجلس القاضى لم يوجد ذلك ولانه أجل فى الموافاة الى جلوس القاضى وما لم يمض الأجل لا تتوجه عليه المطالبة بالموافاة ووجوب المال عليه عند عدم موافاة مستحقة فاذا لم يوجد ذلك قبل جلوس القاضى لا يلزمه المال ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فقد احتال الطالب عليه بالألف درهم التى له على المطلوب ولم يواف به الغد فالمال عليه والحوالة فى هذا والكفالة سواء على ما بينا من طريق الاستحسان انه يلزم المال وتعلق براءته عنه بشرط الموافاة بالنفس وذلك صحيح فى الكفالة والحوالة جميعا وكذلك لو قال فالى المال أو فعلى المال لان هذا من ألفاظ الكفالة وكذلك لو قال فعندى له هذا المال لان كلمة عند عبارة عن القرب وقرب الدين منه اما بالتزام أصله فى ذمته أو بالتزام المطالبة به فكان هذا والكفالة سواء ولو كفل بنفسه على ان يوافى به غدا فان لم يواف به غدا فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم فلم يواف به الغد ولزمه المال ثم أخذه الطالب بكفالة النفس وقال لي عليه مال آخر أولى معه خصومة فان الكفيل يؤخذ بنفسه ولا يبرأ منه حتى يدفعه اليه لانه باصل الكفالة التزم تسليم نفسه وبأداء المال لم يصر مسلما نفسه واداؤه ذلك المال لا يمنع ابتداء الكفالة بنفسه فلأن لا يمنع بقاءها كان أولى وان كفل بنفسه على انه متى ما طالبه الطالب فلم يواف به فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم فطلبه منه فلم يدفعه اليه فعليه المال لوجود شرطه وهو عدم الموافاة فى الوقت الذى طلبه الطالب منه وكذلك لو طلبه غدوة فلم يدفعه اليه حتى العشى قال ولا يبرئه من المال إلا ان يدفعه اليه ساعة طلبه منه وهذا اللفظ اشارة الى ما بينا أن المال واجب عليه بالكفالة وشرط براءته ان يوافيه به حين يطلبه الطالب فاذا لم يفعل انعدم شرط البراءة فبقى المال عليه كما التزمه باصل الكفالة ولا ينفعه دفع النفس اليه بعد ذلك لان ذلك لم يكن شرطا عن المال والله أعلم بالصواب

ه

﴿تم الجزء التاسع عشر * ويليه الجزء العشرون وأوله﴾

﴿باب الكفالة والوكالة بالخصومة﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة ضامنا لما ذاب عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثق بحقه وتمام التوثق يكون بهذا فان المكفول بنفسه ربما لا يأتي بالكفيل ويخفي شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا يتوصل الى حبس الكفيل وان كان وكيلا في خصومته يمكن من اثبات حقه بالبينة وبعد الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل باداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالاصيل فاذا كان ضامنا لما ذاب عليه توصل الى استيفاء حقه منه فعرفنا ان تمام التوثق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلى قول الشافعي رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسئلة) ان الكفالة بالمال مضافا الى سبب وجوبه يجوز عندنا نحو ان يقول ماذاب لك على فلان فهو على أو مابعت به فلانا فهو على وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه التزم المال بالعقد فلا يحتمل الاضافة كالالتزام بالشراء ولان الاضافة الى وقت في معنى التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك اذا اضافه الى وقت * توضيحه ان عندكم لو أضاف الكفالة الى موت المطلوب كان صحيحا ولو أضافها الى موت غيره لم يصح ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود في الحال ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بأن يقول مابايعت به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول به تمنع صحته بالاولى لان الملتزم بالعقد هو المكفول به * وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فهذا المنادى أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وانما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعي رحمه الله يقول هذا بيان الجعالة لمن يأتي به وعندي من أبق عبده فخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا صحيحا ولكنا

نقول استدلالنا بزعامة المنادى بقوله وأنا به زعيم ولا حاجة هنا الى معرفة طريق وجوب ذلك المال فان الجعالة تجب على من وقع له العمل فأما الوجوب على الكفيل فبسبب الكفالة الا انه يقول لم يكن هذا كفالة على الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة والكلام فيه من حيث المعنى اذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالاقرار من حيث انه التزام لا يقابله التزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة في الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق فبه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود في كل كفالة اذ لا يدرى أن الطالب يطالب الكفيل أو الاصيل فأما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فلهذا تصح اضافة الكفالة اليه وكذلك التعليق بكلام زيد ودخول الدار فانه ليس بسبب لوجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليقا بالشرط ولا يكون التزاما فاما ههنا فانه أضاف الالتزام الى ما هو سبب لوجوب المال وهو المبايعة والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافى به ودفعه اليه فهو برىء من ذلك لوجود الموافاة به كما التزمه وان لم يفعل فللطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه في دعواه قبل المكفول به والكفيل ضامن له لتحقق الذوب بقضاء القاضي وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب عبارة عن تحقق الوجوب وان قال ان لم أوافك به غدا فانا وكيل في خصومته ضامن لما ذاب عليه فرضى بذلك المطلوب فهو جائز وانما شرط رضاه في الوكالة بالخصومة دون الكفالة بالنفس والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا ينفرد به الوكيل بدون رضا الموكل فأما الكفالة فالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك وكذلك لو قال متى دعوتني به فلم أوافك به فانا وكيل في خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان كلمة متى للوقت فمعناه ان لم أوافك به في الوقت الذي تطلب مني وهذا الوقت وان كان مجهولا ولكن لا تمكن بسبب جهالته منازعة ولو كفل به على انه ان لم يواف به غدا ففلان يعني رجلا آخر وكيل في خصومته فما قضى به عليه فانا ضامن له فرضي بذلك المطلوب فهو جائز اذ لا فرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره اذا وجد

منه القبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله الى نفسه كان صحيحا فكذلك اذا
أضاف كل عقد من هذا الى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان صحيحا ولو
تدم الوكالة فقال هو وكيلي فى خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك علي أو لما تقضى
لك به علي أو لما لزمني لك أو بما لحقني فان وافاني به غدا حتى أدفعه اليك فهو بريء من
ذلك فهذا جائز لانه وان أخر التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فاذا قدمه
فأولى أن يصح وهذه كلها وثائق لحق واحد فلافرق فى صحتها بين تقديم التعيين وتأخير
التعيين لان المقصود لايختلف بذلك ولو كفل بنفسه الى أجل فان لم يواف به فيه فهو وكيل
فى الخصومة التى بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة بالنفس
والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لانه أنابه ولا يقدر الانسان على ان يجعل نفسه نائبا
عن غيره فى خصومته من غير رضاه فاذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا تبطل
ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فانهما صحيحان وان لم يذكر
الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فهو وكيل فى خصومته فرضي به
المطلوب فلم يواف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتمل التعليق بخطر
عدم الموافاة فان قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل منه شيء لانه ماالتزم شيئا من المال وبالكفالة
بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه اليه
لانه التزم تسليم النفس اليه فلايبرأ بثبوت المال عليه مالم يسلمه فان ثبوت المال عليه لا يغنيه عن
نفسه بل يحوجه الى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل الطالب
حقه كان متبرعا بذلك كسائر الاجانب لانه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة من
الكفالة بالنفس لجواز ان يكون بين الطالب والمطلوب خصومة أخرى فلهذا كان متبرعا فى
اداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أبى وطالبه بتسليم النفس اليه كما التزمه وان
كان كفيلا بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى انه اذا وضع المال بين يديه يصير
الطالب قابضا له لانه يبرئ ذمته بالاداء ولمن عليه الحق ذلك والاول متبرع لا تبرأ ذمته
عن شيء بما يؤديه ولو قضاه الكفيل المال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس كان جائزا لانه
متبرع فى قضاء المال وقد قبله الطالب ثم ابرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه وكذلك
لو قضاه بعضه علي ان يبرئه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك مايقبضه منه

بازاء الابراء عن الكفالة بالنفس انما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من
جهة متبرع آخر ثم هو مسقط لحقه فى الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما
اذا أبراه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلايجب ذلك المال ولو أداه كان
له أن يرجع فيه لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول الى المال بحال وهو مجرد حق
لا يوصف بأنه متقوم والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل
فانه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن
ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فانه لا يثبت ابتداء بمال قط حتى لو أخذ منه
مالا ليكفل به بنفس فلان لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الابراء بالكفالة
بالنفس وفى حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير الى انه يبرأ وجعل هذا كحق
الشفعة اذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشتراط العوض
بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا
يكون الشرط الفاسد مبطلا له وفى موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة
لان الكفالة بالنفس حق قوى لا يسقط بعد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام
الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وانما يتم رضاه بسقوطه اذا وجب له المال فاذا لم يجب
لا يكون راضيا به فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتمام الرضا به (ألا ترى) أن
بالسكوت عن الطلب بعد العلم به يسقط وحجته ان الوجوب لم يكن لعقده وانما كان شرعا
لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال
فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو اذا
أسقطه بمال فانما يحول حقه الى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت الكفالة
بالنفس على حالها ولو قضاه المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على ذلك فهذا لا
يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض والمبادلة بالدين من غير من عليه
الدين لا تصح بخلاف الاول لانه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتمليك من المتبرع لقضائه
بعوض وهنا نص على التمليك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف الكفيل
بالمال أيضا فانه متبرع ملتزم للمال لان بعقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد الطريقين
وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل لرجع

به على الاصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطه على قبضه فحينئذ يكون نائبا عنه فى قبضه استحسانا قال فان أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن يرجع بما قضاه عليه لانه قبضه منه بحكم تمليك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس فى أصح الروايتين ولو كفل نفسه الى أجل مسمى فان لم يواف به فهو ضامن لما ذاب عليه وكيل فى خصومته فليس للطالب ان يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الأجل ولا أن يخاصمه قبل الأجل لان اشتراط المدة لتوسعة الامر على نفسه فلا يتضيق الامر عليه الا بمضى المدة كاشتراط المطلوب الاجل لنفسه فى الدين والوكالة فى الخصومة وضمان المال عليه بناء على عدم موافاة مستحقة وذلك لا يكون الا بعد الاجل فلهذا لا يطالبه بشئ من ذلك قبل مضى الاجل وعلى هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فان المعنى يجمع الكل ولو كفل بنفس رجل وجعل المكفول به وكيلا فى خصومته ضامنا لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا خصومة بين الطالب وورثته ولكنه يخاصم المكفول به لان الوكالة تبطل بالموت فان الموكل انما رضى برأيه فى الخصومة فلا يقوم رأى وارثه فى ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن مالم يتحقق الذوب على المطلوب لا يكون هو ضامنا للمال والذوب انما يتحقق عند خصومة الطالب واثبات حقه عليه بالحجة فلهذا خاصم المكفول به وما قضى له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل فى ماله لان الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند الى أصل السبب لان اللزوم تعلق به نفسه وقد كان أصل السبب فى صحته فلهذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع غرماء الصحة وكذلك لو مات المكفول به أيضا نخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان له أن يتبع ميراث أيهما شاء لان الذوب قد تحقق فيضرب فى ميراثه بجميع ماله وفى ميراث الآخر بما بقى له لانه وصل اليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الاول فلا يضرب مع غرماء الآخر الا بما بقى له والله أعلم فان لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب واضح وان كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولا بجميع دينه وفي الكتاب أبهم فقال ان بدأ فضرب مع غرماء الكفيل رجع على ورثة الكفيل بما أدوا فى مال المكفول عنه فضربوا به مع غرمائه لان كفالته عنه كانت بامره وما يستوفى من تركته بعد وفاته بمنزلة ما يؤديه فى حياته ويرجع به ورثته فى تركة المكفول عنه وان بدا فضرب مع غرماء المكفول عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه فى تركة الكفيل بشئ لان أصل الحق كان على مورثهم وكان

الطالب يرجع بما بقى من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل فى تركة الكفيل لانه لا يبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل الى الطالب من تركة المكفول عنه فقطع الجواب فى الكتاب على هذا وهو مبهم فى أصل الوضع قاصر فى البيان فحينئذ لا يتم بيان المسئلة بما ذكر وليس فى الكتاب مسئلة اشكل من هذه المسئلة من الحسابيات وغيرها فالوجه أن نصور المسئلة ليتبين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما بينا فان بدأ بتركة الكفيل ضرب بالعشرة فى تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل الى الطالب خمسة يأتى فى تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقى من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا الى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لا يسلم هذا لورثة الكفيل لانه تركة الكفيل وقد بقى من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقتسمان هذا الذى ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فالثلث الذى يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الاولى وان استأنفوا القسمة على هذا الذى ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يعطون اليه فى تركة المكفول عنه فتنتقض القسمة أيضا ولا يزال يدور هكذا الى مالا يتناهى واذا بدأ بالرجوع فى تركة المكفول عنه فضرب مع غريمه بالعشرة واقتسما تركته نصفين فانه يضرب بما بقى من دينه وذلك خمسة فى تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقتسمان العشرة أثلاثا فيتبين ان ورثة الكفيل أدوا الى الطالب ثلاثة وثلثا ويرجعون به فى تركة المكفول عنه وتبين بطلان القسمة الاولى وكذلك ان استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكلما وصل اليهم شئ يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه الى مالا يتناهى فهذا بيان مواضع اشكال المسئلة وكان أبو بكر القمى رحمه الله من متقدمى علمائنا رحمهم الله من الحساب يقول هذه المسئلة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلا فلهذا ترك بيان هذه المسئلة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع الى معرفة القدر الذى يرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه ليضم ذلك الى ما يضرب به الطالب فى تركة المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات

الجبر لا يهدى الى ذلك فما أبو الحسن الاهوازى من حساب أصحابنا رحمهم الله فكان يقول انما تعذر تخريج هذه المسئلة لما وقع فيها من جذر الاصم وكانت عائشة رضى الله عنها تقول سبحان من لا يعلم الجذر الاصم الا هو وقيل الجذر الاصم مغلق ضل مفتاحه فلا يعرفه أحد من العباد بطريق التحقيق و رهن بعقاله بمسئلة مجذورة من هذا الجنس وحققها وخرجها وسئل القاضى أبو عاصم الجذرى فى زمانه وكان مقدما فى الحساب ان يخرج هذه المسئلة فتكلف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلف لذلك من أصحابنا رحمهم الله تعذر عليه تخريج المسئلة بالتحقيق أصلا وكل ماذكروه عندى فى تصنيف ولكن لم يكن معى شئ من كتبي ولم يجد به خاطرى الآن فان تيسر وصولى الى كتبي أو جاد به خاطرى أى وقت أتيت منه بقدر الممكن ان شاء الله تعالى ثم نعيد المسئلة فى آخر الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول الطالب اذا اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب بقية دينه في تركة الآخر فما سلم لورثة الكفيل لا يرجع فيه الطالب بشئ لانه بدل ما وصل الى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولكن يكون ذلك سالما لغريم الكفيل غير ان هذا من حيث المعنى بعيد فان ما يأخذون مال الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريميه دون الآخر ولو كفل بنفس رجل الى آخر الشهر فان لم يواف به فهو وكيل فى خصومة ما بينهما ولم يبين أى خصومة هى والكفالة بالنفس جائزة ولا يكون وكيلا فى الخصومة لانه اذا لم يبين انه فى أى خصومة وكله فالوكيل عاجز عن تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة ولم يفوض الأمر الى رأيه على العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا يوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد الحكمين منفصل عن الآخر فالمفسد فى أحدهما لا يتعدى الى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن أبيه أو بغير اذنه بنفس أو مال باطلة لانه تبرع ولا يملكه الصبي بغير اذن أبيه ولا باذنه كالهبة وهذا لان عقل الصبي انما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا واذن الاب له لا يصح فيما لا يملك الاب مباشرته كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض للذمة بالتزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملكه الصغير باذن أبيه ولا بغير اذنه والمعتوه والمبرسم الذى يهذى فى ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه فى الكفالة أو بنفسه فهو باطل لانه لما كان لا يملك الكفالة عن الغير باذن الاب فلان لا يملك عن الاب

كان ذلك بطريق الاولى لانه فى حق نفسه متهم بما لا يتهم به فى حق غيره ولو أقر بعد بلوغه انه كفل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه كفل فى صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافى تلك الحال الكفالة فكان منكرا للكفالة فى الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب انه كفل به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر أنه كفل به وهو مغمى عليه فان عرف ذلك منه فالقول قوله فى ذلك لاضافته الكفالة الى معهود ينافى كفالته وان لم يعرف ذلك منه فهو مأخوذ به لاقراره بالالتزام ولو استدان وصي اليتيم دينا فى نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه أو ضمنه بنفسه فضمان الدين جائز وضمان النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي (ألا ترى) أن الوصى يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ما عليه بخلاف الكفالة بالنفس فانه يلتزم بها ما ليس عليه * توضيحه انه لو أمر الصبي بأن يستدين ففعله جاز وكان مطالبا بالمال فكذلك اذا استدان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك مثله فى الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الاب اذا استدان على الابن دينا فى بعض ما لا بد منه وأمره بالكفالة جاز لان تصرف الاب عليه انفذ من تصرف الوصى وان أمره أن يكفل بنفسه لم يجز والتاجر وغير التاجر فى ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا لمجنون ولا لمغمى عليه وفى رواية حماد رحمه الله ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا فى الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي يوسف رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطل وتجوز الكفالة للصبي التاجر لانه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لا منه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح اذا قبله ولو كفل رجل بنفس رجل على انه يوافي به الى أجل مسمى فان لم يواف به الى ذلك الأجل فهو ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الاجل قبل ان يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود شرطه ولكن الذوب انما يتحقق بقضاء القاضى فانما يلزم الكفيل المال اذا قضى به على المكفول عنه لانه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بخصم عنه فى اقامة البينة عليه بالمال لان المال ما لم يصر مقضيا به على الاصيل لا يلزم الكفيل منه شئ وما لم يصر كفيلا به لا يكون خصما فيه وان مات الطالب أو المطلوب قام وارثه أو وصيه فى ذلك مقامه وكذلك لو كفل بنفسه على انه

ضامن لما قضى عليه أو لما قضى عليه قاضي أهل الكوفة فقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة فهو لازم للكفيل لانه انما يراعى من الشروط مايكون مفيدا والتقييد بصفة أن يكون المال مقضيا به على الاصيل مفيد فأما التقييد بكون القاضي به قاضي أهل الكوفة فغير مفيد لان المقصود القضاء لاعين القاضي وفى القضاء قاضي الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفل بنفس رجل على انه ضامن لما قضى به على المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركة أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت يكفل نفس رجل على انه ضامن لما قضي به على الميت فهو جائز لانه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركة الميت وكذلك الوصي يأخذ من غريم الميت كفيلا بنفسه ضامنا لما قضى به عليه لانه فى ذلك قائم مقام الموصي وكذلك الاب يأخذ من غريم ولده الصغير لانه قائم فى ذلك مقام ولده ان لو كان بالغا ولو أن رجلا أخذ غريما بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلا منه بنفسه ضامنا لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزا لان قبول هذا كان موقوفا على اجازة الطالب فاذا أجازه جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برىء فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لاتلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا عن غريمه بنفسه ضامنا لما قضى به عليه كان جائزا لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرته بنفسه فان كفل الكفيل للوكيل فدفعه اليه برىء من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشىء لانه أتى بما التزمه وهو التسليم الى الوكيل لان الوكيل باضافة العقد الى نفسه جعل نفسه مباشرا العقد فيه الاستيفاء والمطالبة وان كفل به للموكل لم يبرأ بدفعه الى الوكيل لانه جعل نفسه رسولا ولان الكفيل التزم التسليم الى الموكل فلا يبرأ بالتسليم الى غيره وان دفعه الى الموكل برىء فى الوجهين لان في الفصل الاول الوكيل وان كان هو المباشر للعقد فانما يطالب بموجبها لمنفعة الموكل فاذا حصل المقصود بالتسليم الى الموكل برىء الكفيل ولو وكل رجل رجلا بان يعطى فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامنا لما ذاب على الموكل فأعطى الوكيل كفيلا بذلك فقضى على الموكل بمال للطالب فانه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل بذلك لانه كان رسولا من الموكل اليه فلا عهدة عليه الا أن يكون ضمن له شيأ فحينئذ يؤاخذ بضمانه

(ألا ترى) لو أن رجلا أمر رجلا أن يضمن رجلا بنفسه وان يضمن ماذاب عليه لم يكن على الآمر شىء ولا على المكفول به لان الآمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيأ ولا عهدة على المشير والمكفول عنه لانه لم يأمره بالكفالة عنه فلا يرجع عليه أيضا وفى الباب الاول يرجع على المكفول به بما أدى من المال لان أمره وكيله بالكفالة عنه ككفالته بنفسه والكفيل بالامر اذا طولب طالب ولو لوزم لازم واذا حبس حبس واذا أدى رجع ونعنى بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لاتخلص من هذه العهدة ولا يطالبه بأن يدفع اليه شيأ لانه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فانه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه باداء المال وانما يطالبه باداء المال بعد اقراض المال منه وذلك انما يكون عند أدائه فلهذا لا يرجع عليه بالمال مالم يؤد عنه والله أعلم

باب الكفالة عن الصبيان والمماليك

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير اذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤاخذ بهذا لان تسليم النفس للجواب مستحق على الصبي حتى يحضر ان كان مأذونا أو يحضر وليه ان لم يكن مأذونا ليقوم وليه فى ذلك مقامه فلما التزم الكفيل تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه فان طلب الكفيل أن يحضر معه الصبي ليسلمه الى خصمه لم يؤاخذ الصبي به وان كان الصبي طلب ذلك اليه لان قول الصبي ليس بملزم اياه شيأ الا أن يكون تاجرا مأذونا له فحينئذ قوله ملزم فيؤمر بالحضور معه لانه أدخله في هذه العهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه الى خصمه وكذلك ان كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه الى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزا ويؤخذ به الكفيل وللكفيل أن يأخذ الغلام به لان الاب قوله ملزم على ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ماينفع الصبي فكان قول الاب فيه ملزما اياه فلهذا يؤمر بالحضور معه فان تغيب فله أن يأخذ الاب حتى يحضره فيدفعه اليه أو يخلصه من ذلك لان أمر الاب فى هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوبا به وكل حق كان الولد مطلوبا به فأبوه مأمور بايفائه ذلك الحق من ملك الولد كما اذا ثبت عليه دين بالبينة فلهذا يؤمر الاب باحضار الصبي والوصى فى هذا بمنزلة الاب لان فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفس غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لانه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور معه لانه ليس للآمر عليه قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الآمر بشيء لانه أشار عليه بالكفالة ولم يلتزم له بشيء والمعتوه في ذلك بمنزلة الصبي لان ولاية الوصي على المعتوه تثبت كما تثبت على الصبي ولو كفل بنفس صبي على أن يوافي به غدا فان لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس جائزة وكذلك بالمال ان لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي انما يتحقق بقضاء القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نصبه القاضي له فاذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع به على الصبي الا أن يكون أمره بالضمان أو الوصي لانه بمنزلة الاقراض والاقراض من الصبي المحجور لايلزمه به شيء الا أن يكون بأمر وليه فحينئذ يكون المال لازما عليه وأمر وليه بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير اذنه باطلة لان الكفالة تبرع وهو منفك الحجر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير اذنه كما لا يصح عن سائر الاجانب وانما يعني بهذا انه لايطلب به في حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لانه مخاطب من أهل الالتزام في حق نفسه وان كفل بنفسه باذنه فهو جائز لان المانع من صحة التزامه في الحال حق مولاه دون حق غيره من غرمائه فان الكفالة بالنفس لاتلاقي حق محل الغرماء فلهذا نفذ منه باذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الاجنبي وهذا لان أكثر مايجب بهذه الكفالة حبسه ان لم يحضر نفس المطلوب وذلك بوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فلهذا جاز باذن المولى وان كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لان الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين وكذلك اذا أذن له حتى كفل عنه فان أداه بعد العتق لم يرجع على سيده *وعن زفر رحمه الله انه يرجع عليه لانه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالاداء بعد العتق ولكنا نقول ان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيأ على المولى فان العبد لايستوجب دينا على مولاه فلهذا لا يرجع عليه اذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقا وللكفيل على الاصيل الا ان مايجب للكفيل على الاصيل مؤجل الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه عنه كان صحيحا ولا يرجع اذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيأ على مولاه وان كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة في حال رقه لان المولى في ماليته كأجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه صحيح في حق نفسه حتى اذا عتق كان مطالبا به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عند موته فان غرماء العبد يستسعونه في قيمته ولا شيء لغرماء السيد من هذه القيمة لان هذه القيمة بدل مالية العبد وغرماء العبد حقهم أسبق تعلقا بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) انه لو لم يعتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه الى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يتبعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد بقيمة العبد أيضا لانه صار مستهلكا محل حقهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد دينا في تركته بعد موته ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسعى في بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لانه عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع العبد لصحة كفالته بعد عتقه غير انه لا يشارك غرماءه في تلك القيمة لانها بدل ماليته و[illegible] يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد في ماليته فكذلك في بدل المالية فان كان مكان العبد أم ولد فعتقت فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليتها اذ لا مالية فيها ولكن الديون تتقرر في ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمدبرة بمنزلة العبد في ذلك لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشيء مما يؤدي عنه من الكفالة لانهم كانوا مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكه فان في المدبرة ينبغي أن يثبت لغرمائها حق الرجوع في تركة المولى بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعتاق المدبرة لم يصر مستهلكا من حق الغرماء شيأ اذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة في الدين وانما كان حقهم في الكسب وذلك حاصل لهم قلنا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة في ايجاب السعاية في القيمة على المدبرة والعبد دون الولد على أن المالية كانت قائمة في المدبرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليتها وكان ذلك لغرمائها فلهذا يجب عليها السعاية في قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك اذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كادائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الاصيل وذكر عن شريح رحمه الله انه قال لا كفالة للعبد ومعناه انه ليس له حق ولاية الكفالة بالنفس والمال لانه تبرع بالتزام وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير اذنه باطلة حتى يعتقوا فاذا عتقوا الزمهم لان المانع حق مولاه واذا أذن له سيده فيها جازت ان لم يكن عليه دين ويباع العبد في الكفالة بالدين وان كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد والمدبر فانهما يستسعيان في الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعايتهما ثم بدين الكفالة اذا كان باذن المولى واذا كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم أعتقه سيده لم يضمن شيأ وأوخذ العبد بالكفالة لانه بالاعتاق لم يضع علي المكفول له شئ فان حقه في مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول به ذلك بعد العتق وقبله سواء وانما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية وان كانت الكفالة بمال ضمن السيد الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق بماليته فان الدين لا يجب علي العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب في حق المولى باذنه له في الكفالة فاذا أتلفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد بالمال لكفالته وان شاء اتبع السيد لاتلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول به ان كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضا أن يتبع المكفول به ان كان المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وان لم يكن طلب من السيد ولا من العبد لم يرجع عليه بشئ لانهما تبرعا بالالتزام والاداء عنه واذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي درهم وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بالف درهم ثم استدان العبد بعد ذلك ألف درهم ثم باعه القاضي في الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الاولون والآخرون بدينهم كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بالف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم كفل لان التزامه المال بالكفالة باذن المولى انما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف درهم (ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك اذا أذن له حتى كفل فاستدانته ملزمة اياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع ما استدانه فلهذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف درهم واذا كفل العبد وهو صبي بغير اذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك شئ لانه غير مخاطب والتزامه في حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما عتق وهو صبي لم يلزمه بذلك شئ فكذلك قبله وان كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه في

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد في الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه في الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولا ملزما على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الاب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون التجارة يكون الوالد مؤاخذا به بعد البلوغ فكذلك ما يجب على العبد باذن السيد يكون مؤاخذا به بعد العتق وان كفل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفل بدين آخر يستغرق قيمته باذنه أيضا لم يجز الدين الثاني لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض بالاول لا يصير هذا الشرط موجودا فلا يثبت الثاني وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك ان كان الدين الاول من تجارته وان عتق قبل ان يقضي دينه لزمه الثاني لان المانع كان اشتغال المالية بحق الاول وقد زال ذلك المعنى ببطلان المالية بالعتق فاستوت الديون عليه بعد العتق وان كان مولى العبد صبيا فأذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد في الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعبده وليس للأب ولاية الكفالة على الصبي ولا في ماله (ألا ترى) انهم لو أذنوا للصبي حتى كفل لم يصح فكذلك اذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك ان كان مولاه عبدا تاجرا لانه لا يملك الكفالة بنفسه فلا يصح اذنه بذلك لعبده فان أذن المولى لعبد عبده في الكفالة بنفس أو مال فان كان على العبد الاول دين مستغرق لم يجز لانه من كسبه كسائر الاجانب في حق التصرف ما لم يفرغ من دينه وان لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثاني خالص ملكه كالاول فكما تصح الكفالة من الاول باذن مولاه فكذلك من الثاني وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة آلاف درهم عن رجل وكفل بها ثم استدان ثلاثة آلاف درهم وباعه القاضي بألفين فانه يضرب فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد حصلت في حال فراغه من الدين فنفذت في الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين عليه بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الغريمين في ثمنه بجميع دينه وهو كما لو أقر المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استدان العبد مثل ذلك واذا كفل العبد وهو يساوي ألف درهم باذن سيده بالف درهم ولا دين عليه ثم كفل بألف أخرى باذنه أيضا لم تجز الكفالة الثانية لان بالكفالة الاولى اشتغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة الكفالة فراغ المالية فاذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولي عليه بدين بقدر

قيمته ثم بدين آخر فازدادت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف أخرى باذن مولاه
فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثالثة قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل
اذا زادت قيمته فلماذا لم تجعل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان
شرط صحة العقد انما تعتبر عند وجود العقد لانه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة
وتنقص أخرى فلهذا صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضي
بألفي درهم فانها تقسم بين المكفول له الاول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين
الكفالتين ولا شئ للاوسط لانه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا
مزاحمة بين الصحيح والفاسد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين
يعنى الاولى والثانية استويتا فى الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو كثر فهو بينهما
نصفان حتي يستوفيا حقهما فان فضل شئ بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل
للثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه الى الكفالة الثانية حين أمره ان
يكفل بها (ألا ترى) ان العبد المديون لو كفل باذن مولاه ثم سقطت ديونه بالاداء يصرف
كسبه ورقبته الى دين المكفول له فكذلك هنا واذا قال الرجل لرجل ماذاب لك على فلان فهو
على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لى عليك ألفان وقال
الكفيل مالك على شئ فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه الزيادة وهو منكر ثم
ما أقر به المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضي يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب
فى هذا القدر بقضاء القاضى كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل
فان قيل فى هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة عليه قلنا ليس كذلك
بل فيه ايجاب المال عليه بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل
عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته وكذلك لو قال ما أقر لك به فلان من شئ فهو على
وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفى القياس لا يجب على الكفيل شئ اذا
أنكر الوجوب على المطلوب مالم تقم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة فى حق المقر خاصة
فالثابت باقرار المطلوب ثابت فى حقه دون غيره ولكنا نترك هذا القياس للتنصيص من
الكفيل في الكفالة علي ما يقر به المطلوب أو على ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد الذوب
بشئ وكذلك لو قال ما قضى لك عليه فهو على الا أن هذا لا يلزم الكفيل حتى يقضى على المطلوب

باقراره لانه كفل بمال مقضى به فما لم يصر المال مقضيا به علي المطلوب لا يتقرر الوصف الذي
قيد الكفالة به ولو قال مالك عليه فهو على لم يلزم الكفيل شئ باقرار المكفول عنه لانه كفل
بما هو واجب عليه وقت الكفالة وما بعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين فى حق الكفيل أنه
صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار فى حق المقر ولكن فى حق الغير يجعل كالانشاء
بمنزلة اقرار المريض فى حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك انما كفل بما يقر به فى
المستقبل أو بما يلزمه فى المستقبل أو بما يقضى عليه به فى المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال
ما كان اقر به لك فلان أمس فهو على فقال المطلوب قد اقررت له أمس بألف درهم وجحد ذلك
الكفيل فلا شئ عليه لانه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك
باقراره بعد الكفالة فى حق الكفيل لانه متهم فى ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البينة
على اقراره بذلك أمس فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال ما أقر لك به من شئ فهو
على فقامت عليه البينة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقر بها بعد
الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه فى المستقبل لا ما كان منه فى الماضى وكأنه
أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وما قضى به القاضى بنكوله عن اليمين لم يلزم الكفيل
لانه انما كفل بما يقر به والنكول بدل عند أبى حنيفة رحمه الله وليس باقرار وعندهما هو قائم
مقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن
بمنزلة الاقرار فى حق الكفيل لا يلزمه شئ واذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه
بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل فى الكفالة بالنفس أقرب
الى الجواز من غيره لان له ولاية علي عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك كفالة
المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوبا بالمال فلو كفل عنه أجنبي صح
فكذلك مولاه * فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهو ملك مولاه فأى فائدة
فى هذه الكفالة * قلنا الفائدة شغل ذمة المولى اما بالمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضائه من
سائر أمواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان أداه
بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئا فان المولى لا يستوجب علي عبده دينا وقد بينا أنه متى
لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد غريما له على
مولاه بدينه على ان يبرأ العبد فمات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير فللمحتال

له أن يرجع على العبد لان مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له الا العبد مفلسا ومن أصلنا ان الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلسا على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى واذا بطلت الحوالة يعود دين المحتال له الى العبد فيضرب بدينه فى مالية العبد مع غرمائه وان كفل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخا للكفالة وذلك لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) ان قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل فكذلك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لان الهبة تمليك فلا يمكن تصحيحه الا بتحويل الدين الى ذمة الكفيل فلهذا يسقط عن الأصيل فاما الابراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان ابراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عنه فيبقى المال على الاصيل بحاله وان ابرأ العبد برئا جميعا لان ابراء الاصيل اسقاط لاصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فان كفل المولى بنفس عبده وضمن ماذاب عليه وغاب العبد تاجرا فان المولى يؤخذ بنفسه لكفالته ولا يكون خصما فيما على العبد حتى يحضر العبد فيخاصم فاذا قضى عليه لزم المولى لانه انما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضى بحضرته وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو خصما فيه وقد سبق نظيره فى الحر فكذلك فى العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لان المولى ليس بخصم فيما على عبده بدون الضمان واذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولآخر على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بامره فهو جائز لانه لا يلتزم بهذه الحوالة والضمان شيأ لم يكن عليه انما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع فى هذا الالتزام وكذلك وصى الصبي لو استدان مالا وأنفقه عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال جاز لانه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفى الحقيقة هذا أمر من غريم العبد للعبد بأن يدفع ماله عليه الى غريمه أو يوكل غريمه فى أن يقبض من العبد ماله عليه وكما يملك أن يطالب بنفسه يملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عينا فى يد العبد للآمر فأمره أن يدفعه الى مديونه صح فكذلك اذا كان دينا فى ذمته ولو كفل رجل بنفس عبد محجور عليه بأمره فان الكفيل يؤخذ بالكفالة لان العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب الخصم مستحق وانما تأخر ذلك عنه لحق المولى فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فان العبد المحجور لو أقر لانسان بمال ثم كفل به عنه انسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يعتق كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يعتق فاذا أعتق اتبعه بكفالته حتى يبرئه منها لانه أمره بهذه الكفالة وأمره فى حق نفسه صحيح فكان مطالبا به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل به عنه لآخر كان جائزا بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فان ذلك تبرع واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وانما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق فى حقه بين أن يدفعه الى الاول أو الى الثانى فلهذا صحت الكفالة وان أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لان المكاتب ملتزم فصل هذا الدين من كسبه وعبده كسبه فليس فى هذه الكفالة الا استحقاق ماهو مستحق بخلاف ما اذا أمره أن يكفل عن غيره فان ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرته بنفسه فكذلك لا يملك أن يأمر عبده به ولو أن رجلا طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشترى له متاعا بمال مسمى ولم يدفع اليه شيأ فاشترى العبد كان شراؤه فى القياس لنفسه دون الآمر لانه ملتزم المال فى ذمته بعوض يحصل للآمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالنقد وفى الاستحسان هذا جائز لانه من صنع التجار وهو محتال اليه فان من لا يعين غيره لا يعان ثم المشترى محبوس فى يده حتى يستوفى الثمن من الآمر بخلاف الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا فى كتاب الوكالة وذكر عن ابراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتبة لمولاه وبه نأخذ لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولان ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن ايجابه بتلك الصفة على الكفيل لان المكاتب تمكن من أن يسقط عن نفسه المال بان يعجز نفسه ولا يمكن اثباته فى ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه فى ذمة الكفيل لاثبتنا أكثر مما هو واجب فى ذمة الاصيل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به رجل لم يجز للمعنيين اللذين ذكرناهما فان المكاتب اذا عجز نفسه فكما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب على حدة فكفل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجز لانه كفالة لمكاتب ولا كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلأن لا يصح من المكاتب كان أولى ولو كان بينهما مكاتبة واحدة وجعل نجومها واحدة فاذا أديا عتقا وان عجزا ردا كان ذلك جائزا استحسانا وفى القياس هذا لا يجوز لانه كفالة لمكاتب ولانه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكأنه الزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق عتق صاحبه بادائه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة الا أنه في حق ما بينهما اذا أدى أحدهما جميع البدل رجع على صاحبه بنصفه فاما في حق المولى فالمال عليهما كشئ واحد حتى انه لو أدى أحدهما نصيبه من البدل لا يعتق لان المولى ما رضي بعتقهما ولا عتق أحدهما حتى يصل اليه جميع البدل واذا دان المولى أحدهما دينا بعد المكاتبة فكفل الآخر لم يجز لانه لم يكن على هذا الآخر من الدين شئ ولا تعلق عتقه بأدائه فكان هذا التزاما منه بطريق التبرع ثم هو التزام الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الاول فان عتقه تعلق بأداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزما أداءه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من المكاتبة أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ما عليه الى مولاه أو توكيل لمولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبد له فكفل به لم يجز لان من دخل في كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بعجز المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفل به المكاتب عن عبده أو أم ولده جاز لان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه اذا أدى بدل الكتابة يتقرر ملكه فيهما فكان الواجب على ملكه بمنزلة الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس بملتزم ما ليس عليه بطريق التبرع وان كفل به عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما اذا كان حرا فغير مشكل وكذلك ان كان داخلا في كتابته لان من دخل في كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بادائه يعتق كما يعتق المكاتب وان كان في الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب فكفالة أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وان كان المولى واحدا واذا مات مولى المكاتب وكفل رجل بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لانهم قائمون مقام المورث فكما لا تصح كفالة هذا الرجل للمورث عنه في حياته فكذلك لوارثه بعد وفاته * فان قيل الوارث لا يملك رقبة المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة * قلنا هو بمنزلة المالك على معنى انه اذا عجز كان مملوكا له مع

أن المانع من الكفالة ضعف ذلك الدين في حق الاصيل حتى انه يسقط عنه اذا عجز نفسه وفي هذا لا فرق بين المولى وبين وارثه بعد موته ولو كان للمكاتب دين على بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب على مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته واذا ادان العبد التاجر لمولاه دينا ولا دين عليه وأخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين على مولاه اذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما في ذمته سقط ذلك عنه وان كان على العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا في ذمة المولى كما يتحقق واجبا في ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس في ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن على العبد دين لخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا واذا كان عليه دين فانه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح التزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه في خصومة شئ يدعيه قبله وكيلا في خصومته فهو جائز اذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا على المولى صح توكيله به وان لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له على المولى فكذلك على وكيله لان العبد اذا لم يكن عليه دين لحقه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولى عبده في ان يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل او كيل بنفس المولى وضمن ما عليه وهو مائة درهم فهو على التقسيم الذي قلنا فان مات المولى وعلى العبد دين فللعبد أن يستوفي المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل في تركة المولى لانه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولى صبيا وقد أذن أبوه أو وصيه لعبده في التجارة فاستهلك الصبي شيأ لعبده وعليه دين فضمان ذلك واجب عليه كما لو استهلكه على غريم العبد فاذا أخذ منه كفيلا بالمال برضا الاب أو الوصي كان ذلك جائزا لانه دين مستحق عليه يؤمر الاب والوصي بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به واذا كان بأمر الاب أو الوصي رجع الكفيل عليه اذا أداه واذا كفل الكفيل للعبد بمال عن مولاه وعلى العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين على العبد حتى اذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فاذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذي

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدي دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لان الاصل أن العبد المديون اذا ادى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالاداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذى له على مولاه فاذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقى الكفيل على كفالته وان أداه من مال كان له فى الرق برىء الكفيل من الكفالة لانه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى فى كسبه فصارما فى ذمة المولى حكمه فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما اذا أدى دينه فى حال الرق فان مافى ذمة المولى يخلص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لان المولى في كسب مكاتبه أنفذ منه في كسب عبده المديون وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه اذا كان مديونا فللمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه وضمن ماذاب عليه أو جعله كفيلا بنفسه وكيلا فى خصومته وهذا بخلاف كفالة المولى عن المكاتب لان دين المولى على مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز فامادين المكاتب على مولاه فقوى فان المولى لا يملك اسقاطه الا بالاداء فلهذا صحت الكفالة به وكذلك لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لان من دخل فى كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بعضه بمنزلة المكاتب وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لايجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه فان قيل المعنى الذى لاجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لانه ضعيف يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز وهذا لا يوجد فى السعاية فانه لا يملك اسقاطه بالتعجيز اذ ليس له ان يعجز نفسه فينبغي ان تصح الكفالة قلنا بل المعنى أن المكاتب عبد ولا يقوى دين المولى فى ذمته لانه ليس للعبد ذمة قوية فى حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسعى عنده بمنزلة المكاتب لان الرق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يعتق نصيبه ما لم يؤد حق السعاية وكذلك العتق عند الموت اذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة بدل الكتابة على معنى أنه لايعتق الا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف ما اذا أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لانه عتق هناك بنفس القبول فكان المال دينا قويا فى ذمته كسائر الديون والمستسعى لايعتق الا بالأداء فلا يكون

المال لازما فى ذمته بصفة القوة وهذا لان العتق فى الأصل صلة وكل مال يحصل بأدائه العتق أو يتم بادائه العتق يكون فى معنى الصلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام العتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به واذا كان العبد التاجر بين رجلين فادانه أحدهما دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير انه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لانه انما يجب على الكفيل بالكفالة ماهو واجب على الاصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وانما ثبت بحصة نصيب الآخر وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي ادان أحد موليه وأخذ منه كفيلا بنفسه أوبالمال فهو جائز يؤخذ ان كان على العبد دين لان جميع الدين هنا ثابت للعبد على المولى الذى له النصف لانه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه وان لم يكن عليه دين ثبت نصف الدين عليه وهو نصيب المولي الآخر فاما نصيبه من كسب العبد في خالص حقه فتصح الكفالة عنه للعبد بالنصف هنا دون النصف الآخر وكذلك شريك المولى شركة مفاوضة لو ادان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز غير أنه يبطل من حصة المولى من الدين نصفها بقدر ملكه وما سقط عن الاصيل سقط عن الكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فادان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز لان شريكى العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب فكان جميع دينه مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو ان المولين جميعا أدانا العبد دينا واحدا بعقد واحد فى صفقة واحدة فأخذا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير انه يبطل منه مقدار حصته لانه لا يستوجب الدين على ملكه وبقدر ما يبطل عن الاصيل يبطل عن الكفيل ولو أن العبد أدان موليه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير انه يبطل من كل واحد منهما نصف الدين لان نصف كسب العبد خالص كل واحد منهما اذا لم يكن على العبد دين ولو كان للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله ان كان عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالموليان منه كسائر الأجانب وان لم يكن عليه دين أخذ بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذى كفل ولا يجب له بالكفالة على نفسه فلهذا كان له عليه الكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له الموليان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان كان على العبد دين فهو جائز لانه ان كفل به أحدهما جاز فكذلك اذا كفلا

به لانهما كسائر الاجانب فى كسبه وأيهما أدى اليه المال رجع على صاحبه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة كما استويا فى أصل الكفالة وان لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا الدين لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما نصف هذا الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما انما يضمن بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك اذ يكون كفيلا بنفسه وذلك باطل ولو كفل ماجازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذمى عن الذمى جاز لان الكفالة من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين فى المعاملات ولو كفل الذمى عن الذمى للذمى بالخمر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم فان أسلم الطالب سقطت الخمر عن الاصيل والكفيل جميعا لا الى بدل لانه لا يستوجب الخمر ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يبقى ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له كمبرئ الاصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل على كفالته وهى رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر عليه للذمى ابتداء (ألا ترى) انه لو استهلك المسلم خمر ذمى أو استقرض من ذمى خمرا فاتلفها كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذمى وقد جعلنا الطالب باسلامه كالمبرئ والمطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرئ لانه لا يبرئ نفسه وان لم يبرأ الاصيل لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الاصيل بقيمة الخمر وان شاء رجع على الكفيل بالخمر ثم الكفيل يرجع على الاصيل بقيمة الخمر ان كان كفل بأمره ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان الخمر التى هى بدل القرض اذا سقطت بالاسلام تسقط لا الى بدل كما اذا سقطت باسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى القيمة لكان به متملكا من المطلوب الخمر التى فى ذمته ولا يجوز تمليك الخمر من المسلم ببدل فتسقط أصلا لان حق اسقاط البدل متى كان متعلقا بشرط تمليك المبدل فاذا امتنع ذلك يسقط أصلا كمن هشم قلب فضة لانسان فلصاحب القلب ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان يملكه المهشوم فاذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا كان المطلوب مسلما وقت الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب فى ذمته ابتداء وانما تجب القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبرا أو أتلفه يضمن قيمته من غير ان يملك المدبر فهذا سقطت عنهم الخمر عن المطلوب لا الى بدل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا الى بدل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار ان شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر لانه مطلوب وان شاء رجع على الاصيل بالخمر فان أخذ من الكفيل قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الأصيل بشئ لانه مطالب فى حق الاصيل واسلام الطالب يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلموا جميعا يسقط الخمر لا الى بدل لان فى اسلامهم اسلام الطالب وزيادة وكذلك ان أسلم الطالب والكفيل أو الطالب والاصيل فان أسلم الكفيل والاصيل سقطت الخمر لا الى بدل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتحول الى القيمة عند محمد رحمه الله فاذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الاصيل لانه طالب فى حقه ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا الى بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما باسلام أحدهما قبل قبض الخمر وان أسلم الكفيل خاصة فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا الى بدل من الكفيل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول الى القيمة لان ما فى ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو كانت الخمر سلما والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا الى بدل لانفساخ العقد بينهما وان أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم اليه ولكن يبرأ الكفيل بالاتفاق لانه لا يجوز ان يتحول حق رب السلم الى القيمة دينا فى ذمته فان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ولو كانت الخمر صداقا والمسئلة بحالها فنقول أما بيان قول أبى حنيفة رحمه الله فالصداق اما ان يكون خمرا أو خنزيرا بعينه أو بغير عينه فان كان بعينه وقد كفل به كفيل فهو صحيح لان الصداق مضمون بنفسه فى يد الزوج والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة كالمغصوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعا فبقى حقها فى العين كما بيناه فى كتاب النكاح فيكون لها ان تأخذ العين من الزوج وان شاءت طالبت الكفيل بالتسليم لان للزوج لما بقى بالتسليم بعد اسلامه بقى الكفيل مطالبا به أيضا وان كان بغير عينه فان كان خمرا وأسلمت المرأة فحقها فى ذمة الزوج فى قيمة الخمر ويبرأ الكفيل من

الـكفالة لانها طالبته وما فى ذمة الـكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل
انما وجب بالـكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما فى ذمة الزوج فصداق واسلامها
يحول الحق الى قيمة الخمر فى صداق بغير عينه عند أبى حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج
فحقها عليه فى قيمة الخمر وان شاءت طالبت الـكفيل بالخمر لان الاصيل ما برئ باسلامه بل تحول
الى القيمة فى حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الـكفيل فان استوفت الخمر
من الـكفيل لم يكن للـكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لانه بمنزلة القرض من الاصيل وعند
أبى حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على
الزوج بالخمر وقد برئ الكفيل لان ما فى ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط
الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ
على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم
يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فيبرأ
الـكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الـكفيل منه شئ وان أسلم
الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فاما على قول
أبى يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخنزير
بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب فى الفصول كلها كجواب أبى حنيفة رحمه الله فى الخمر
بغير عينها الا في فصلين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد
رحمه الله يرجع الكفيل على الزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب فى حقه واسلام المطلوب عند
محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثانى) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها
الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل
مطلوب فى حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفل الذمى بالخمر عن الذمى
لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر دينا على أحد ولا يكون له الخمر أيضا عينا مضمونة
على أحد فلا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفل عن مسلم لذمى بخمر لان الخمر لا يكون
دينا فى ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب فى ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفل
مسلم لذمى عن ذمى بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشىء من العقود لأحد فكذلك
بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم وكفالة الذمى بالخمر للعبد التاجر الذى

والمكاتب الذمى جائزة وان كان مولاهما مسلما لانهما يتصرفان لانفسهما والمعتبر فى التصرف
فى الخمر فى حقهما دينهما لا دين مولاهما فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا
حربيين واذا كاتب الذمى عبدين له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر
فأسلم احدهما صارت كلها قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما فى هذا العقد كشخص
واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما
فى حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لا يعتق واحد منهما الا اذا
أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة وبقى نصيب النصرانى منهما
خمرا لتميز ما على أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما باداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى
فاما ان يبقى الكل خمرا أو يتحول قيمة وابقاؤه خمرا بعد اسلام أحدهما لا يصح فيتحول
الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لذميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه
لا يتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول
نصيب الآخر أيضا ضرورة ولو كاتب النصرانى عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجز لانهما كشخص واحد فى هذا العقد وقد بطل نصيب
المسلم فكذلك النصرانى اذ لو جوزنا العقد فى نصيب للنصرانى لا يبقى جعل المسلم كفيلا به
والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم
يجز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير فى ذمته دينا بالعقد فكذلك لا يلتزم
تسليم عينى الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من
ضمان الخنزير ولم يجز فى الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم
الخمر في ذمته بالكفالة وذلك لا يجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام
ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه فى الخمر أيضا بعد هلاكها لان
خمر الذمى مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة
بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هى دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

باب الكفالة بالمال

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبى امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

الكفالة لانها طالبته وما فى ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل انما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما فى ذمة الزوج فصداق واسلامها يحول الحق الى قيمة الخمر فى صداق بغير عينه عند أبى حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج فحقها عليه فى قيمة الخمر وان شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الاصيل ما برئ باسلامه بل تحول الى القيمة فى حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لانه بمنزلة المقرض من الاصيل وعند أبى حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على الزوج بالخمر وقد برئ الكفيل لان ما فى ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فيبرأ الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شئ وان أسلم الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فاما على قول أبى يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخنزير بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب فى الفصول كلها كجواب أبى حنيفة رحمه الله فى الخمر بغير عينها الا في فصلين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد رحمه الله يرجع الكفيل على الزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب فى حقه واسلام المطلوب عند محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثانى) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل مطلوب فى حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفل الذمى بالخمر عن الذمى لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر دينا على أحد ولا يكون له الخمر أيضا عينا مضمونة على أحد فلا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفل عن مسلم لذمى بخمر لان الخمر لا يكون دينا فى ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب فى ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفل مسلم لذمى عن ذمى بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشئ من العقود لأحد فكذلك بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم وكفالة الذمى بالخمر للعبد التاجر الذى

والمكاتب الذمى جائزة وان كان مولاهما مسلما لانهما يتصرفان لانفسهما والمعتبر فى التصرف فى الخمر فى حقهما دينهما لا دين مولاهما فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا حربيين واذا كاتب الذمى عبدين له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فأسلم احدهما صارت كلها قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما فى هذا العقد كشخص واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما فى حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لا يعتق واحد منهما الا اذا أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة وبقى نصيب النصرانى منهما خمرا لتميز ما على أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما باداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى فاما ان يبقى الكل خمرا أو يتحول قيمة وابقاؤه خمرا بعد اسلام أحدهما لا يصح فيتحول الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لذميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه لا تميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول نصيب الآخر أيضا ضرورة ولو كاتب النصرانى عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجز لانهما كشخص واحد فى هذا العقد وقد بطل نصيب المسلم فكذلك النصرانى اذ لو جوزنا العقد فى نصيب النصرانى لا يبقى جعل المسلم كفيلا به والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم يجز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير فى ذمته دينا بالعقد فكذلك لا يلتزم تسليم عينى الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من ضمان الخنزير ولم يجز فى الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم الخمر في ذمته بالكفالة وذلك لا يجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه فى الخمر أيضا بعد هلاكها لان خمر الذمى مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هى دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

باب الكفالة بالمال

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبى امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم والمنحة نوع
من العارية ولكن فيها معنى العطية فان من أعار غيره شاة أو ناقة ليشرب لبنها يسمى ذلك
منحة ولهذا قلنا ان من منح غيره شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابة والثوب
يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة
لاعارية والاعارة فى مثله تكون قرضا وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحة على
الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المديون بقوله والدين مقضي
ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم معناه الكفيل ضامن أى ضامن لما التزمه
من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل
فقال له رجل اذا حل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو علي أو قال ان حل فهو علي
فهو جائز على ما قال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام
المطالبة فيجوز اضافتها الى وقت توجد المطالبة به على الاصيل وتعليقها به وكذلك لو قال ان
مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو علي لان موت المديون سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة
بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما اذا علقه بموت رجل آخر واذا ادعى الكفيل
بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاه قبل ذلك لم يصدق لان السبب
الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعي مانعا مالم يظهر وهو قضاء المطلوب
حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك اذا ادعاه الكفيل ولو كان
حالا فقال ان لم يعطك فلان مالك فهو علي فتقاضى الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة تقاضاه
فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وانما يتحقق بعد ذلك التقاضي
فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود
الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضي عن الطالب فانه يتأذى بذلك وانما يحصل ذلك
اذا صار الكفيل ملتزما عند امتناع المطلوب بعد التقاضي وذكر عن شريح رحمه الله أنه قضى
بكفالة وقال ان الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقا لكن لا يكون مستحق التسليم
حتى يتحقق ان الكفيل غارم له واذا كفل الرجل عن رجل بمال فللطالب ان يأخذ به أيهما
شاء ومطالبة احدهما لا يسقط حقه فى مطالبة الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب
وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الاصيل كما كان قبله (ألا ترى) انه يكتب في
الصكوك لفلان على فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب فى
المطالبة وانما يتحقق ذلك اذا توجهت المطالبة له عليهما فلا تكون مطالبة احدهما مسقطة حقه فى
مطالبته الآخر فاذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما
يعامل وليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه لانه قبل الأداء مقرض للذمة فلا
يرجع بالمال حتى يؤديه فحينئذ يصير به متملكا ما فى ذمة الأصيل ولكن ان قضاه الاصيل
فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الاصيل وان كان حق الاستيفاء متأخرا الى
أدائه وتعجيل الدين المؤجل صحيح فاذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان ما ربح حلالا له لانه
ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا لانه قبضه
على وجه اقتضاء الدين الذى له على الاصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على المقتضي ولو
اقتضاه الطالب من الذى عليه وهو الاصيل فله أن يرجع على الكفيل بما اعطاه لانه انما اعطاه
ذلك ليسلم له به ما فى ذمته بأن يؤديه الكفيل عنه فاذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه بما أعطاه
ولو لم يكن دفعه الى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولي بها الى
فلان الطالب فهلك من الكفيل كان مؤتمنا في ذلك لانه استعمله حين بعث بالمال على يده الى
الطالب ولو استعمل فى ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك اذا استعمل الكفيل حتى اذا أداه
المطلوب الى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشيء وان أدى الكفيل الى الطالب رجع
به على الاصيل فهلاك الامانة فى يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه ولكنه عمل به
وربح أو وضع كانت الوضيعة عليه لانه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به فى قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وفى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع اذا تصرف فى الوديعة
وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الاصيل مع الكفيل الى الطالب فتصرف فيه الكفيل
فربح فهذا والاول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفل به فباعه وربح فيه فان أبا حنيفة
رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب الى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لانه استربح
على ملك صحيح له وان قضى المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذى أعطاه فالربح
يطيب للكفيل فى رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبأن وجب عليه الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفى الجامع الصغير يقول برد الاصل والربح على الاصيل عند أبي حنيفة رحمه الله لانه انما رضي بتسليمه اليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن مراده ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه فى الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لانه يمكن فيه نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطى فيؤمر بالتصدق به على سبيل الفتوى بخلاف ماتقدم من الدراهم فانها لاتتعين فى العقد فلم يكن ربحه حاصلا على عين المال المقبوض فاما الطعام يتعين فانما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من هذا الوجه واذا قال الرجل للرجل اكفل عنى لفلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أولم يكفل لانه أمره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الأصيل فان الكفيل اما ان يلتزم المطالبة بما هو واجب علي الاصيل أو يقرض ذمته على ان يثبت فيها ماهو واجب فى ذمة الاصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص فكانه قال لفلان على الف درهم فاكفل بها عنى واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فكفل بها عنه رجل ولم يسمه فى الكفالة الى أجل فالكفيل بها ضامن للاصيل وان لم يسمه لانه يلتزم المطالبة التى هى على الأصيل والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد حلول الأجل فكذلك على الكفيل أو يلتزم فى ذمته ماهو ثابت في ذمة الأصيل والثابت في ذمة الأصيل مؤجل الى سنة وكذلك لو كان فى ذمة الأصيل زيوف تثبت فى ذمة الكفيل تلك الصفة وهذا بخلاف الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة والثمن مؤجل على المشترى لا يثبت الأجل فى حق الشفيع لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب الثمن به على الشفيع فلا يثبت الأجل فيه الا بالشرط فأما الكفالة فليست بسبب لوجوب المال بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل الأجل فهو عليه حال يؤخذ من تركته لانه بالموت استغنى عن الأجل ولانه يتصور لا بقاء الاجل بعد موته لان يدوارثه لاتنبسط فى التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل كان لمنفعة من عليه الدين فاذا أدى الى الضرر سقط ولكن لا يرجع ورثته على الذى عليه الأصيل حتي يحل الأجل لان الأجل باق فى حق الاصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه الطالب بشئ فكذلك ورثة الكفيل ولو مات الاصيل قبل الاجل حلت عليه لاستغنائه عن الاجل ولم يحل علي الكفيل لبقاء حاجته الى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الأصيل

سقوط الأجل فى حق الكفيل (ألا ترى) انه لو كان أصل المال حالا ثم اجل الكفيل فيما عليه صح وبقى المال على الاصيل حالا والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولو كان مؤجل على رجل الف درهم حالة فكفل بها رجل الى سنة فهو جائز الى ذلك الأجل وهذا تأخير عن الذى عليه الأصل قال (ألا ترى) انه لو كان عليه ذكر حق بالف درهم وفلان كفيل بها الى سنة كانت عليهما جميعا الى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الأصيل حال لانه اجل الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الأصيل ولكنا نقول انما أجل الطالب هنا أصل الدين لان الهاء فى قوله فكفل بها الى سنة كناية عن اصل المال واضافة التأجيل الى أصل المال يثبت الأجل فى حق الأصيل والكفيل جميعا حتى لو اجل الكفيل بما التزم بالكفالة يبقى المال حالا على الأصيل وهكذا يقول فى الابراء اذا اضافه الى أصل المال يكون ابراء لهما واذا اضافه الي الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الاصيل واذا كفل له بألف درهم لفلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لانه قبل الالتزام بمحل مخصوص وهو ان يؤديه بما فى يده وذلك صحيح فى الكفالة والحوالة جميعا فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق فى حقه بين التزام اداء الوديعة الى صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها فاذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذى التزم فيه التسليم للطالب وقد بينا ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة وعلى رب الوديعة ألف درهم دين وطلب من الذى عنده الوديعة التزام أداء ذمته بمحل مخصوص وهو تقييد مفيد فى حقه حتى لا يكون ضامنا فى ذمته شيئا بعد هلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب الوديعة ان يأخذها من الكفيل لا عن حق الغريم وقد تعلق بها ولانه التزم أداء دينه منها بأمره ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها فى يده فاذا هلكت برئ الكفيل منها لما بينا والقول قوله فى انها هلكت لانه بقى أمينا فى العين بعد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون مقبول القول فى هلاكها وان اغتصبها اياه رب الوديعة أو اغتصبها اياه انسان آخر فاستهلكها برئ الكفيل لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين مابقيت فى يده فانه ما التزم في ذمته شيئا فاذا لم تبق العين فى يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن عليه ضمان لانه التزم الاداء من محل مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده مالم يبع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلهذا لا يطالب بشئ مالم يبع الدار ويقبض الثمن ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلا فالجعل باطل وهكذا روى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لانه رشوة والرشوة حرام فان الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز ان يجب عليه عوض بمقابلته ولكن الضمان جائز اذا لم يشترط الجعل فيه وان كان الجعل مشروطا فيه فالضمان باطل أيضا لان الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون الا برضاه (ألا ترى) انه لو كان مكرها على الكفالة لم يلزمه شئ فاذا شرط الجعل فى الكفالة فهو مارضى بالالتزام اذا لم يسلم له الجعل واذا لم يشترطه فى الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقا فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وان ماتت على الردة كسائر تصرفاتها فانها لا تقتل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فان لحقت بدار الحرب وسبيت بطلت الكفالة بالنفس دون المال لانها لما لحقت وسبيت فكأنها ماتت (ألا ترى) ان مالها لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هى بمنزلة أمة كفلت بنفس لان الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول الى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق فكأنها كفلت ابتداء وهى أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاها وأما الكفالة بالمال فقد تحولت الى ما خلفت من المال وكان وارثها مطالبا بقضاء ذلك ولكن التعليل الاول أصح لما ذكر بعد هذا قال وان اعتقت يوما من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال وقد أبطل السبي كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة منها وهى أمة كانت تؤخذ بذلك بعد العتق فعرفنا انه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة والرقية تلف فبطلت الكفالة بالنفس أصلا وتحول المال الى مال فلا يعود شئ من ذلك اليها بعد العتق ولو كفل مسلم بنفس مرتد فى دين عليه فلحق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق كان الكفيل على كفالته وقد بينا هذا الفصل بفروعه فى أول الكتاب فان كانت امرأة فسبيت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لانها حين سبيت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار • توضيحه انها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين فاذا اداه رجع به فيما تركت فى دار الاسلام لانه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها فان

لم يكن شئ تركت وأدى الكفيل ذلك ثم ان عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشئ لان السبي أبطل عنها كل دين فان نفس المسبي تتبدل بالاسترقاق من صفة المالكية الى المملوكية والدين لايجب على المالك الا شاغلا [illegible] الدين حين وجب لم يكن شاغلا [illegible] وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة فلهذا سقط عنها وكذلك الذمى والذمية اذا انقضى العهد ولحقا بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا بطلت الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا فى المرتدة ولا تجوز كفالة المرتد عن الذمى بالخمر والخنزير لان حكم الاسلام باق فى حق المرتد فانه مجبر على العود الى الاسلام غير مقر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمر فكذلك كفالة المرتد وعلى هذا لو استهلك المرتد خمر الذمى كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان كفل بها عنه مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لانهم يخلفونه فى حقوقه بعد لحاقه كما يخلفونه فى املاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان قائما من حقوقه يعود اليه اذا رجع ثانيا بمنزلة ماهو قائم من املاكه وان كان ورثته قد استوفوا بقضاء القاضى فالكفيل من ذلك برىء بمنزلة ماهلك من ماله وهذا لان الاداء الى وارثه بقضاء القاضى بمنزلة الاداء اليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو نفس جائزة لانه من المعاملات وانما دخل دارنا بامان ليعاملنا فنى المعاملات يستوى بنا فان لحق بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لانه باللحاق صار من أهل دار الحرب حقيقة بعد ان كان من أهلها حكما فهو قياس ما ينافى المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان نفسه قد تبدلت بالاسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته فى ذلك بخلاف المرتدة على ما بينا فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالاسر كما فى المرتدة وبالمال كذلك هنا لان فى المرتدة المال يتحول الى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلهذا بطلت الكفالة بالمال أيضا ومكاتب الحربى اذا كان مستأمنا في دار الاسلام وعبده بمنزلة عبيد أهل الذمة ومكاتبهم في جميع ذلك لان فى المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة أهل الذمة فكذلك عبيدهم ومكاتبوهم والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لان كل واحد منهم كفيل عن الاصل بجميع المال وذلك جائز فان الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لان الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوبا بما التزمه الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فان أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الاصيل بالمال كله ان شاء لانه أدى ماتحمل عنه بأمره وان شاء رجع على شريكيه فان الكفالة بثلثي المال لانهم فى حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغى أن يستووا فى الغرم وان شاء أخذ أحدهما بالنصف لانه اذا لقى أحدهما قال له أنا وأنت فى غرم الكفالة سواء لانا جميعا كفيلان عن الاصيل وعن الثالث أيضا فهات نصف ما أديت لنستوى فى الغرم ثم اذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث اذا لقياه بثلث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوى هو بهما فى عدم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بالمال كله لانهم كفلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فان للمؤدى ان يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث ان شاء لان كل واحد منهم أصيل فى ثلث المال والمؤدى قد كفل عن كل واحد منهما فى ذلك الثلث بأمره وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وأدى وأما السدس فلان المؤدي مع الذي لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغى أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثلث لتحقق المساواة بينهما فى الغرم ثم يرجعان على الثالث اذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفى الكتاب ذكر عن عبد الله بن الخلاب انه باع قوما غنما على ان يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم فخذه حتى تستوفى منه حقك وانما أوردنا هذا لنبين انه يجوز ان يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما فى هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه فى المطالبة الاصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق فى هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر فى الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليئهم على معدمهم أو حيهم على ميتهم فليس هذا بشئ ولا يطالب كل واحد منهم الا بثلث المال لان هذه كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدرى من يفلس منهم ليكون الملئ كفيلا عنه ولا من يموت منهم ليكون الحى كفيلا عنه فان حرف على فى هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أى عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أى اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعمائة وخمسين درهما أما أخذه اثنين منهم بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلان بجميع المال عن الآخر فاى اثنين منهم شاء فهما كفيلان بجميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم ففى ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفى الباقى وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل لان الشرط فى الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالبا بالكل اذا التزم الكل بالكفالة فأما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففى هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشئ منه وفى النصف الآخر وهو ثلثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان شاء رجع عليهم جميعا وان لقى أحدهم رجع عليه بمائتى درهم لان ثلث هذه الثلثمائة وهو مائة اداها عنه فيرجع هو بها عليه بقى مائتا درهم وهو مع هذا الذى لقيه كفيلان عن الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا فى غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقيا آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما ليستووا فى غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقى مائة أخرى هما مع هذا الثالث كفيلان بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثلث ذلك وهو ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم لانهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلثها ولو كان أدى

باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لان كل واحد منهم كفيل عن الاصل بجميع المال وذلك جائز فان الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لان الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوبا بما التزمه الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فان أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الاصيل بالمال كله ان شاء لانه أدى ما تحمل عنه بأمره وان شاء رجع على شريكيه فان الكفالة بثلثي المال لانهم في حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا في الغرم وان شاء أخذ أحدهما بالنصف لانه اذا اتى أحدهما قال له أنا وأنت في غرم الكفالة سواء لانا جميعا كفيلان عن الاصيل وعن الثالث أيضا فهات نصف ما أديت لنستوي في الغرم ثم اذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث اذا لقياه بثلث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوي هو بهما في عدم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بالمال كله لانهم كفلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فان للمؤدي ان يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث ان شاء لان كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدي قد كفل عن كل واحد منهما في ذلك الثلث بأمره وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وأدى وأما السدس فلان المؤدي مع الذي لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثلث لتحقق المساواة بينهما في الغرم ثم يرجعان على الثالث اذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب انه باع قوما غنما على ان يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم فخذه حتى تستوفي منه حقك وانما أوردنا هذا لنبين انه يجوز ان يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الاصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق في هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليئهم على معدمهم أو حيهم على ميتهم فليس هذا بشيء ولا يطالب كل واحد منهم الا بثلث المال لان هذه كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدري من يفلس منهم ليكون الملئ كفيلا عنه ولا من يموت منهم ليكون الحي كفيلا عنه فان حرف على في هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أي عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أي اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعمائة وخمسين درهما أما أخذه اثنين منهم بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلان بجميع المال عن الآخر فاي اثنين منهم شاء فهما كفيلان بجميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم ففي ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفي الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل لان الشرط في الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالبا بالكل اذا التزم الكل بالكفالة فاما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففي هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشيء منه وفي النصف الآخر وهو ثلثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان شاء رجع عليهم جميعا وان لقي أحدهم رجع عليه بمائتي درهم لان ثلث هذه الثلثمائة وهو مائة اداها عنه فيرجع هو بها عليه بقي مائتا درهم وهو مع هذا الذي لقيه كفيلان عن الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا في غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقيا آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما ليستووا في غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقي مائة أخرى هما مع هذا الثالث كفيلان بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثلث ذلك وهو ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم لانهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلثها ولو كان أدى

النصف ولقي أحدهم فاخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقين فانه يأخذ منه خمسة وسبعين درهما لانه يقول له انما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع فانما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذي اديته عن الرابع انت معي فيه في الكفالة بذلك على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي الاول الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لانه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع مائة فارجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لانى أديتها عنك وأما الخمسون التي أديتها عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثانى وهو خمسة وعشرون فرجوعنا بذلك عليه بقي خمسة وعشرون فارجع عليك بنصف ذلك وهو اثناعشر ونصف لنستوى فى غرم الكفالة عن الرابع فصار حاصل ما يرجع عليه باثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما الاوسط رجعا عليه بثمانية وثلث بينهما نصفين ليستووا فى الغرم فى حق الخمسين التي كفلوا بها عن الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذوه بمائة درهم لانهم فى الحاصل كفلاء عنه بالمائة وقد أدوا فيأخذون ذلك منه ويقتسمونه أثلاثا لان حاصل ماغرم كل واحد منهم عنه بعد هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان الذي أدى النصف لقي الذي قبض الخمسة والسبعين فانه يأخذ منه نصفها لانا كنا قد التقينا مرة واستوينا فى غرم الكفالة وقد بلغني انه وصل اليه شئ من الثالث فلا بد من ان يعطيني نصف ذلك لنستوى فى الغنم كما استوينا فى الغرم فاذا أخذ منه نصفها ثم لقيا الذي أدى الخمسة والسبعين رجعا عليه بثمانية وخمسين وثلث بينهما نصفان لانا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجع كل واحد منهما عليه بستة وستين وثلثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا والآن قد استوفينا منه مرة خمسة وسبعين فيرجعان بما بقي الى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثمانية وخمسون وثلث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم اذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم بثلاثة وثلاثين وثلث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون لها فأدى أحدهم المال رجع على كل واحد من شريكيه بثلث ماأدى لانه فى مقدار الثلث مؤد عن نفسه وفى الثلثين هو مؤد عن شريكيه بكفالته عنهما بأمرهما فيرجع بذلك عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثلث لادائه ماتحمله عنه وبنصف الثلث الآخر أيضا لانهما يستويان فى الكفالة عن الثالث بهذا الثلث فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه اذا لقيه أن يأخذ منه نصف ذلك بالمعنى الذي قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا فى غرم الكفالة عن الثالث فينبغى ان يستويا فى الغنم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غنم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى الغنم أو لتبقى المساواة بينهما فى الغرم كما هو موجب الكفالة واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم ان آخر كفل بها عن الأصيل أيضا فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة عن الاصيل بعقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الأصيل بعد الكفالة الأولى كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشئ لانه ما كفل عنه بشيء وانما كفل عن الأصيل بعقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه ان كان كفل بأمره ولا يرجع على الكفيل الآخر بشئ وان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه بالنصف لانهما بالعقد الثانى جعلا أنفسهما فى غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل بالمال عن الاصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فاذا ثبتت المساواة بينهما فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم أيضا وذلك فى أن يرجع على الآخر بنصف ماأدى ثم يرجعان على الأصيل بجميع المال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم ان الطالب أخذ الكفيل بها فاعطاه كفيلا آخر بها ثم أداها الآخر الى الطالب لم يرجع بها على الأصيل لانه ماتحمل بها عن الأصيل ولا أمره الاصيل بهذه الكفالة وثبوت حق الرجوع للكفيل عند الاداء بسبب الاصيل بالكفالة فانما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الاول ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل لان اداء كفيله بأمره بمنزلة ادائه بنفسه ولانه قد أسقط عن الاصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه الى الكفيل الآخر فكأنه أسقط ذلك بأدائه الى الطالب وان كان كفل عن الذي عليه الأصل رجلان ولم يقل كل واحد منهما كفلت عن صاحبي فان الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لانهما التزما المال بعقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشتريين أو المقرين لرجل عليهما بالمال وأيهما أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشئ لانه ماالتزم عن صاحبه شيئا انما التزم عن الاصيل فيكون رجوعه عليه ان كان كفل عنه بأمره فان لم يؤديا شيئا حتى قالا للطالب

أيما شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان هذه الزيادة الحقها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور فى أصل الكفالة الاولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان اداه أحدهما رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في غرم الكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان لقى الطالب أحدهما فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الاصيل ولو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر المطلوب والكفيلان بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار الى المكتوب فى ذكر الحق بمنزلة تصريحهما بالمكتوب فان أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذى عليه الاصل بجميع المال ان شاء وان شاء رجع على الكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الاصيل بجميع المال لان اقرار كل واحد منهم بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما فى الكفالة بهذا الطريق واذا كان لرجل على عشرة رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن اربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله أن يأخذ أى أربعة شاء بالمال كله لانهم هكذا التزموا بالكفالة فان أخذ واحدا منهم رجع بثمانمائة وخمسة وعشرين لانه فى المائة أصيل وفى الباقى وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن الباقين فعليه ربع ذلك وذلك مائتان وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما بستمائة لانهما فى المائتين أصيلان وفى الباقى وهو ثمانمائة هما مع آخرين كفيلان عن الباقين فحظهما النصف وهو أربعمائة وان أخذ ثلاثة منهم أخذهم بثمانمائة وخمسة وعشرين أما مقدار ثلثمائة بحكم الاصالة فان كل واحد منهما أصيل فى مائة والباقى وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن الباقين فعليهم ثلاثة ارباع ذلك وهو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى ربع الالف فان مائة منها حصته لانه أصيل فيها والاصيل فيما يؤدى عن نفسه لا يرجع على أحد وفى مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصة كل واحد منهم من ذلك التسع فان لقيهم جميعا رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان وان لقى أحدهم رجع أحدهم بستة عشر وثلثين لانه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقى والباقى مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا فى غرم الكفالة

فانهما مستويان فى الكفالة عن الباقين فينبغى أن يستويا فى الغرم بسببه أيضا فاذا أدى ذلك اليه ثم لقي الآخر منهما أحد الباقين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لانه مع الأول قد أديا عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف لانه مع هذا الذى لقيه مستويان فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم عن السبعة الباقين وهذا قد أدى عنهم ثلاثة اتساع ونصفا فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الأول الاوسط بعد ما قبض هذا رجع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذى بينا انهما حين التقيا استويا فى غرم الكفالة ثم وصل الى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا فى الغنم أيضا فان لقيا الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجعا عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع حصته من ذلك التسع لانهما تحملاه عنه وتسعان وثلث للمساواة فى غرم الكفالة لانهم مع آخر كفلاء عن الباقين فينبغى أن يستويا فى غرم الكفالة (ألا ترى) انهما لو لقيا الثالث مما كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع فكذلك اذا أخذ أحدهما منه بعض ذلك ثم لقياه رجعا عليه بذلك واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه بشيء لانه فى قدر ثلث المال أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد بشيء اذا كان المؤدى بقدر الثلث أو دونه وان قال انما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما هو أصيل المال ثابت فى ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما فى ذمته غيره من المال والمؤدى ماله فيكون ايقاعه من المال الذى عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر فانه اذا جعل المؤدى من غيره احتاج الى الرجوع واذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الى الرجوع على أحد ولانه ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما ان يقولا أداؤك بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فلهذا جعلناه الى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا كاتب عبيدا له على ألف درهم على ان كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يعتق اذا أدى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل والمولى ما رضى بعتق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال اليه ففى جعله عن نفسه يعتبر شرط مذكور فى العقد نصا وذلك لا يجوز فلهذا جعلنا

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما اذا كان المال على واحد فكفل به ثلاثة على ان بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع على صاحبيه بثلثي ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ما أدى لان هناك أصل المال على غيرهم وهم يلتزمونه بالكفالة فكان حالهم فى ذلك على السواء ولو رجع على شريكيه بثلثي ما أدى لم يؤد ذلك الى الدور لانهما لا يرجعان فى ذلك عليه بشيء من ذلك بخلاف ما نحن فيه على ما قدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لانه فى الزيادة على الثلث مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا عليه بشيء لفراغ ذمته عما عليه بأدائه وان أراد ان يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لان المال واحد وهو دين فى الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلغو نيته عن أحدهما فان لقى أحدهما أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لانه أدى عنه ذلك وبنصف ما أدى عن الآخر أيضا لانه مع هذا الذى لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغى ان يستويا فى غرم الكفالة وذلك فى ان يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصة صاحبى الكفيل معى لم يكن على ما قال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان بهذا اللفظ يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال ويصير كل واحد منهما ضامنا للاصيل عن صاحبه فاذا جعل المؤدى مما أدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى الى الدور ولكن الوجه فيه انهما لما استويا فى الغرم وذلك فى ان يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء على الاصيل بجميعها واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزم أحدهما فاعطاه بها كفيلا ثم أداها الكفيل فله أن يرجع بها على الذى أمره بالكفالة خاصة لان الذى أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولماله باداء ما التزم وثبوت حق الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذي لم يأمره بالكفالة لم يستقرض منه شيئا ففى حقه يجعل كانه لم يأمره أحد بالكفالة فلهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن اذا رجع على الذي أمره بالكفالة فاخذها منه كان للآمر ان يرجع على صاحبه بالنصف لانه صار مؤديا المال بطريق الاستقراض الذى قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو فى النصف كان كفيلا بأمره فيرجع عليه بعد الاداء كما لو كان أدى بنفسه الى الطالب وان كانا طلبا اليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه أن بعضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل عنهما رجع على كل واحد منهما بالنصف لانه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان كفيلا عن كل واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الاضافة الى اثنين وعند الاداء انما يرجع كل واحد منهما بما كفل عنه ولان كل واحد منهما فى النصف أصيل وكفالته عنه انما تكون فيما هو أصيل فيه ولو كان فى الشرط حين كفلوا بعضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر الالف فان شاء رجع على كل واحد منهما بنصف ما أدى اذا لقيهما وان شاء رجع على أحدهما اذا لقيه بثلاثة ارباع ما أدى أما النصف فلأنه كفل به عن هذا الذى لقيه وأداه فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلأن المؤدي مع الذى لقيه كفيلان به عن الآخر اذ هو موجب الشرط المذكور فى قوله على ان بعضهم كفلاء عن البعض فينبغى أن يستويا فى الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك فى أن يرجع بنصف ذلك ثم اذا لقيا الثالث رجعا عليه بنصف المال لانهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه كفيلا بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله أن يرجع على أيهما شاء بالالف كلها لان كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الاداء كان حق البيان اليه بجعل اداؤه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير ما لو كان لرجل على رجل الف درهم في صك وبه رهن وألف فى صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أى الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك اذا أدى الكفيل هنا (ألا ترى) أنه بعد كفالته عنه لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثانى ولكن يثبت في حق الثانى ما هو ثابت فى حق الأول لاستوائهما في المعنى فان لم يؤد شيئا حتى لزمهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم أداها الكفيل ثم أخذ أحدهما رجع عليه بثلاثة ارباع المال لان هذه الكفالة الاخيرة نقض ما كان قبلها لان التى كانت قبلها في عقدين مختلفين والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثانى عقد واحد وكل واحد منهم فيه كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقدامهم على العقد الثانى يكون نقضا منهم لما كان قبله وتمام ذلك العقد كان بهم واليهم نقضه أيضا بمنزلة ما لو باعه شيئا بالف درهم ثم جدد بيعا بالفين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثاني فاذا ثبت هذا صارت هذه المسئلة بحالها والمسئلة الاولى سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ماأدى لكفالته عنه وبنصف النصف الآخر لانهما مستويان في الكفالة عن الثالث بهذا النصف واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان بعضهم كفيل عن بعض ثم ان الطالب لزم أحد الكفيلين وأعطاه كفيلا بالمال ثم لزم الآخر فاعطاه هذا أيضا كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فانه يرجع به على أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الاصيلين وهنا كل واحد من الكفيلين مطالب بجميع المال وقد بينا ان هناك لتفرق العقد في كفالته عنهما له أن يرجع على أيهما شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الاصيل بشئ لانه ما أمره بالكفالة عنه ولا يقال أصل المال على الاصيل حتى لو برئ هو برئ الكفيل الآخر وهذا لان الرجوع عليه عند الاداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره اياه بالكفالة فاذا لم يأمره بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشئ ولو لم يؤد شيئا حتى أخذ الطالب الكفلاء فجعل بعضهم كفيلا عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحد الكفيلين بثلاثة أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الاولي فيكون الحكم لهذه فان قيل هذه الكفالة ينبغي لاحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ماأدي لان واحدا من الثلاثة ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة مالو كفل ثلاثة نفر عن الاصيل على ان بعضهم كفلاء عن بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلا عن الاصيل مع الاولين بمنزلة مالو كفلوا عنه في الابتداء ولم يصر كذلك هنا بل بقي كفيلا عن الاولين وانما انتقض حكم الكفالة الاولى فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لانه قبل هذا كان كفيلا عن واحد منهما بجميع المال وحده والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه في الكفالة عن الآخر بالنصف سواء فلهذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ماأدى ولو لم يؤد حتى لقي الكفلاء الثلاثة والذي عليه الاصل فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر المال فانه يرجع على صاحبه بالثلثين وان لقي أحدهما رجع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة انتقض ما كان قبلها في حق الكل وقد صار الكفيل الاول والآخر كفيلين عن الاصيل بهذه الكفالة كالاولين فكان هذا بمنزلة مالو كفل عنه ثلاثة في الابتداء على أن بعضهم كفلاء عن بعض فهناك اذا أدى أحدهم رجع على صاحبيه بثلثي ماأدى وان لقي أحدهما رجع عليه بنصف

ماأدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الاولين رجع على كل واحد منهما بالثلث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الاولين والآخر في هذه الكفالة التي هي ثابتة بينهم الآن سواء وانما كان الاختلاف بينهم في الكفالة المتقدمة وتلك قد انتقضت واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الالف فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقي أحدهم فأخذ منه نصف ماأدى ثم ان الاول لقي الذي لم يؤد شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فانهما يؤديان الى الاوسط مائة وستة وستين وثلثين لانهم في غرم الكفالة سواء فينبغي ان يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الالف والاوسط قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الالف ولم يتبين كيفية ادائهما هذا المقدار وهو الالف وانما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للاول فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف والاول قد أوصل اليه سبعمائة وخمسين فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يبقى العائد اليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف فاذا فعلوا ذلك رجعوا جميعا على الاصيل بالالف بينهم أثلاثا واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها رجل ثم ان الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم ان الطالب أخذهم جميعا حتى جعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الكفيل الاول أدى المال فانه يرجع على الكفيل الآخر بنصف المال لان الكفالة الاخيرة نقضت الكفالة الأولى فان موجب الكفالة الاولى الاخير كفيل عن الكفيل الأول دون الأصيل وهو في الكفالة الثانية يصير كفيلا عن الاصيل وعن الكفيل الأول وكذلك موجب الكفالة الاولى ان الكفيل الاول لا يكون كفيلا عن الآخر وفي هذه الكفالة الاخيرة الكفيل الاول يصير كفيلا عن الاخير واذا انتقضت الكفالة الاولى كان الحكم للاخيرة وهما فيها مستويان في الكفالة عن الاصيل فيرجع المؤدى على صاحبه بنصف ماأدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل على رجلين الف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم اعطاه أحدهما كفيلا بالمال ثم أخذ الآخر فاعطاه أيضا ذلك الكفيل كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الالف رجع بها على أيهما شاء لانه كفل كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة وان لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم ان الكفيل أدى الالف فانه يرجع على أيهما شاء بثلاثة

ارباع الالف لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض الكفالة الاولي وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل يصير متحملا عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر فى الكفالة عن الثالث بنصف المال سواء فلهذا رجع عند الاداء على أحدهما بثلاثة أرباع الالف فان لقي الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذى أدى الثلاثة الارباع ان يرجع عليه بنصف ما أخذ من هذا الآخر لانهما قد كانا استويا فى غرم الكفالة مع الآخر فينبغى ان يستويا فى الغنم وهو المأخوذ من الباقي وانما تتحقق المساواة فى ان يؤدي اليه نصف ذلك ولو لم يؤد الكفيل شيئا ولكن أدى أحد الاولين المال فله ان يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين لانه فى نصف المال أصيل مؤد عن نفسه فلا يرجع به علي أحد وفى النصف الآخر هو مع الكفيل فى الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الاول صاحبه الذي كان معه فى الالف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفها ليستويا فى الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الاول بمائتين وخمسين اخرى ويقتسمان ذلك نصفين واذا كان لرجل على رجل الف درهم فتكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فانه يجوز على الحر وحده النصف لانهما لما كفلا جميعا عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلا بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة فى حال الرق كما لو تفرد بها فتبقي كفالته فى نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاحمة فينبغى ان يجعل الحر كفيلا بجميع المال لانا نقول المزاحمة في أصل الكفالة متحققة فان كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما حتى يطالبان بذلك بعد العتق وانما لا يصح فى حق المولي فلهذا كان على الحر نصف المال وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فعتق العبد وأدى المال كله كان له ان يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان الذى عليه الاصل فما أدى الى واحد منهما شركه فيه الآخر لان العبد حين عتق فقد سقط حق المولى والمانع من كفالته قيام حق المولى فى ماليته فاذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة الكفالة من حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو ان ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبعشرة أكرار حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون فى ذلك فلقى الطالب أحد الكفلاء فأخذ منه خمسمائة درهم ثم لقى آخر فأخذ منه خمسة أكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقى الكفيلان المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذى أدى

خمسمائة يرجع على صاحبيه بثلثيها لانهم فى الكفالة بالالف مستوون فينبغى ان يستووا فى الغرم بسببها وذلك فى أن يرجع بثلثى ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة وستة وستين وثلثين وللذى أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثلثى الطعام لهذا المعنى أيضا ولا يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما وصفتهما لا عند الاختلاف ولو التقى هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع علي صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة وكذلك لو التقوا جميعا كان لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم ثم يتبعان جميعا الذى لم يؤد شيئا بثلث ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذى حصل عليه يوم يلقاه ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف الفضل بثلث ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أقلهما اداء بنصف الفضل للحرف الذى قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في انهما لما استويا فى الكفالة ينبغى أن يستويا فى الغرم بسببها واذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول عنه فجحد ان يكون أمره بالكفالة أو ان يكون لفلان الطالب عليه شئ فأقام الكفيل البينة ان لفلان على فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداها لفلان الى فلان فان القاضى يقبل ذلك منه ويقضى بالمال علي المكفول عنه لانه يدعى لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الي اثبات ذلك الا باثبات سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال اليه فينتصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا فى يد انسان انها له اشتراها مع فلان الغائب وأقام البينة علي ذلك فان القاضى يقضى ببينته على ذلك بهذا الطريق حتى اذا حضر الغائب فجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعى اعادة البينة عليه فكذلك هنا اذا حضر المكفول له وجحد أن يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وكان الحكم عليه بوصول حقه اليه ماضيا وهذا لان الاسباب مطلوبة لاحكامها فمن يكون خصما فى اثبات الحكم عليه يكون خصما فى اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بأمره اياه بالكفالة وأدائه الى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه خصما للكفيل فى اثبات الامر عليه يكون خصما فى اثبات الاداء الى الطالب عليه والقضاء بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغائب جميعا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما

الله أن الرجل اذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها ان زوجها قد أبانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر ان يكون طلقها وأن يكون أمر هذا الرجل بشيء فالقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شيء في قول أبي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين واذا أقر لمعروف نسب انه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلي قول زفر رحمه الله ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البينة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

باب الكفالة علي ان المكفول عنه بريء

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجل مال فضمنه له على ابراء الذى عليه الاصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء لانهما أتيا بمعنى الحوالة وان لم يصرحا بلفظها ولالفاظ قوالب المعانى والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشيء بألف درهم فيكون بيعا وان لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث ان كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فاذا شرط في الكفالة ان يكون الاصيل بريئا كانت الحوالة وقوله ضمنت والى وعلي بمنزلة قوله كفلت اذا شرط براءة الاصيل في ذلك كله كانت حوالة بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو توى المال علي المحتال عليه عاد حق الطالب الى المحيل وللتوى أسباب فمن ذلك ان يجحد المحتال عليه ويحلف على ذلك وليس للطالب بينة لانه يتعذر على الطالب الوصول الى حقه من جهة المحتال عليه على التأبيد وهذا أبلغ أسباب التوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك ان يموت المحتال عليه مفلسا فيتحقق به التوى عندنا وعلي قول الشافعى رحمه الله لا يعود المال الى ذمة

المحيل وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بان الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال اليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشيء يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ما وجب في ذمة المحتال عليه عوضا عما في ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيا على حق الرجوع له على المحيل بل بالحوالة يصير كالقابض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل وايجابه على المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل ما في ذمة المحتال عليه كأنه عين ما كان في ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشيء من المحل الذى تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذى تحول اليه كفواته في المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأبى فيكون حقه في ذمة المحيل والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالغاصب الاول مع الثانى اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم توى عليه لم يرجع على الآخر بشيء والمولى اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى ذلك عليه لم يرجعوا على المولي بشيء من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا في المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا توى على مال امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذى انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان في ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذى له كما له أن ينقله الى العين بالشراء ثم هناك اذا هلكت العين قبل القبض عاد حقه في الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان ما في ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان في ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام في الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولانه يثبت في ذمة المحتال عليه على الوجه الذى كان في ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويبطل عقد الصرف والسلم بافتراق المتعاقدين قبل القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضا ثم مقرضا لا تثبت فيه هذه الاحكام ولا يمكن أن يجعل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة الى ذمة لان الشيء انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة وليس في الذمة شيء يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية خلفا عن الذمة الاولى في ثبوت الحق فيها كما في حوالة الفراش المكان الثاني يكون خلفا عن المكان الاول ويكون الثابت في المكان الثاني عين ما كان في المكان الاول فاذا كان الطريق هذا فنقول انما رضي الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثق لحقه فيكون رضاه بشرط أن يسلم له في ماله في الذمة الثانية فاذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما كان بمنزلة ما لو اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذي هو خلف في يد الغريم فكان مطالبا بتسليمه وهنا المحل الذي هو حق ليس في يد الغريم فلم يكن هو مطالبا بشيء ولكنه ليس في يد الطالب أيضا فلم يصر قابضا لحقه ولا يدخل في ضمانه فلا يكون التواء عليه وبه فارق الغاصب الاول مع الثاني والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيرا ابتداء والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم عاد الدين الى ذمة المحيل لان رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فاذا لم يسلم عاد الحق الى المحل الاول ولا معتبر ببقاء المحل الثاني حقيقة كالعبد المشتري بالدين اذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه كما كان ❊ توضيحه أن الذمة تتعيب بالافلاس أما عندهما حكما فمن حيث ان التفليس والحجر يتحقق من حيث العادة وهذا ظاهر فان الناس يعدون الذمة المفلسة معيبة حتى يعدون الحق فيها ثاويا وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما اذا تعيب المشترى بالدين قبل القبض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على مليء فليتبع فقد قيد الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون مأمورا بالاتباع بدون هذا الشرط وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا ثم عود المال الى المحيل التوى لا يتعذر به الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه لعيبه لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور للتوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأما اذا مات المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالقول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه ولو كان وهو حي يزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه ❊ توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام وبه يتحقق التوى الا أن يكون هناك مال يخلف الذمة في ثبوت حق الطالب فيه فالمطلوب يدعي هذا الخلف والطالب منكر لذلك فجعلنا القول قوله لهذا ولو كفل بالمال من غير شرط البراءة ثم ان الطالب ابرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برئا جميعا لان ابراء الكفيل اسقاط لاصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما ان الكفالة لا تصح الا باعتبار مال واجب في ذمة الأصيل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن ذمة الاصيل بالابراء وهذا بخلاف ما لو كانت الكفالة بشرط الاصل لان ذلك صار عبارة عن الحوالة واللفظ اذا جعل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه ❊ توضيح الفرق ان الكفالة بشرط براءة الاصيل لا تكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا الى ذمة الكفيل بالطريق الذي قلنا فأما ابراء الاصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لاصل الدين والمطالبة تنبني على وجوب أصل الدين فكما لا يبقى على الاصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على الكفيل والدليل على الفرق ما أشار اليه وهو ان الصبي التاجر اذا كان له على رجل مال فضمنه له آخر على ان ابرأ الاول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على ان ابرأ المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لاصل الحق عن الاصيل ما ملك الصبي التاجر فيما له على غيره كابراء الاصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتال عليه التزاما للمال في ذمته ابتداء ما ملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك في الصرف ورأس مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الاصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف ما اذا ابرأ الاصيل بعد الكفالة فقبله الاصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر ما أقر لك به فلان من شيء فهو علي فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم الكفيل الالف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شئ لان هذا اللفظ وان كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وانما يكون ملتزما لما يقر به بعد العقد بمنزلة قوله مايقر لك كما ان قوله ما ذاب لك في معنى ما يذوب فهذا قياسه والله أعلم

باب ضمان مايبايع به الرجل

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شئ فهو على فهو جائز على ماقال لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب المال على الاصيل وقد بينا ان ذلك صحيح والجهالة في المكفول به لاتمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولان جهالة عينها لاتبطل شيئا من العقود وانما الجهالة المفضية الى المنازعة هي التي تؤثر في العقود وهذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة لان توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك مابايعه به معلوم ويستوى أن وقت لذلك وقتا أو لم يوقت الا أن في الموقت يراعي وجود المبايعة في ذلك الوقت حتى اذا قال مابايعته به اليوم فباعه غدا لايجب على الكفيل شئ من ذلك لان هذا التقييد مفيد في حق الكفيل ولكن اذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل لان حرف ما يوجب العموم واذا لم يوقت فذلك على جميع العمر واذا بايعه مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولايخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوى ان بايعه بالنقود أو بغير النقود لانه قال مابايعته به من شئ وهو يجمع كل ذلك فان قال الطالب بعته شيئا بألف درهم وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففي القياس لايؤخذ الكفيل بشئ حتى تقوم البينة على أنه بايعه بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله انه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشئ عن مبايعته بعد الكفالة وذلك لا يظهر في حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو أنكرا جميعا يعني المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شئ فاذا أقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لان الثبوت بحسب الحجة فاذا قامت البينة ثبت في حقهما لان البينة حجة عليهما ولكن استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لان المطلوب مع الطالب تصادقا على المبايعة في حال يملكان انشاءها فانهما لو أنشآ المبايعة لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك انشاءه يكون مقبول الاقرار في حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل اذا أقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء

العدة اذا أقر بالرجعة * توضيحه انهما ان كانا صادقين فيما أقرا به من المبايعة فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه لو كان قال مالزمه لك من شئ فانا ضامن به لزمه ماأقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعته من شئ فهو على الى ألف درهم فباعه متاعا بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل المالان جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال اذا بعته شيئا فهو على فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لان كلمة اذا لاتقتضى العموم ولا التكرار وانما تتناول المبايعة مرة فبوجود ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته بيعا فانا ضامن ثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الآمر شئ لانه مشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعته بيعا فانا ضامن لثمنه أوان بعته بيعا فباعه متاعا في صفقتين كل صفقة بخمسمائة ضمن الكفيل الاول منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضى التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة كلمة اذا ولو قال ما بايعته من زطى فهو على فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه قيد الكفالة بمبايعته من الزطى خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ماأقرضته فهو على فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو على فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه قيد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالاب والوصى ولو قال ما داينته اليوم من شئ فهو على لزمه القرض وثمن المبيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب وجوب الدين (ألا ترى) ان الامر بالكتابة والشهود جاء به اسم المداينة وعلم الكل فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشئ ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة انما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرر عن الطالب لانه يقول انما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ولو قال ما بايعته اليوم من شئ فهو

المال للطالب على الاصيل وكذلك الحوالة اذا قال يحتال اليك بالألف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بان المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عني من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجوب المال عليه للمحتال واذا قال يحتال عليك بألف درهم لم يكن هذا اقرارا منه بالمال ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من اداء المال الى المحتال لانه التزمها له ولان كلامه محتمل وبالمحتمل لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للآمر رجع بها عليه ورجع بها الآمر على المضمون له بعد ان يحلف انها ليست عليه وقد بينا في الحوالة نظيره فكذلك في الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لانه ليس في لفظه ما يدل على الأمر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لانه ليس هناك من المأمور التزام شئ للمدفوع اليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع اليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتى لا يكون له أن يمتنع من الدفع اليه في الابتداء فكذلك بعد الدفع اليه لا يكون له ان يرجع عليه بشئ مما أدى اليه والله أعلم بالصواب

باب صلح الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم على ابراء الاصيل من الالف جاز كما لو صالحه الاصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وابراه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح في الكل فكذلك في البعض ثم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما ابراه الاصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التمليك من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين الى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فانه يتضمن تحول أصل الدين الى ذمة الكفيل ليتملك بأدائه ما في ذمته فيستوجب الرجوع به على الاصيل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبرئ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين فيبقى له في ذمة الاصيل

ما ابراه الكفيل منه وتسعمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وابراء الكفيل يكون تصرفا في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالابراء لا يتحول الدين الى ذمة الكفيل ولو صالحه على مائة درهم على ان وهب التسعمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول عنه لانه ملك جميع الاصل وهو الالف بعضها بالاداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبر بالكل وهذا لان الهبة تمليك في الاصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين الى ذمة الكفيل فلا يبقى للطالب في ذمة الاصيل شئ ويتحول الكل الى ذمة الكفيل ثم تملكها بالهبة والاداء فيرجع بها على الاصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه اياه بعشرة دنانير كان للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف لانه بهذا الصلح والشراء تملك جميع الالف ومن ضرورة صحتها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح في غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع وكذلك كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب في الكل سواء ولو كان معه كفيل اخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الاداء في حق الرجوع على الاصيل فكذلك في حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه في الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك على مائة درهم على ان أبراه خاصة مما بقي فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف المؤدى وهو خمسمائة ليستوي معه في الغرم فاذا استوفى منه بعض ذلك وابراه عن الباقي جاز كما لو عامل الاصيل بمثل ذلك ثم براءة الكفيل بالابراء لا تكون براءة للاصيل وقد كان للمؤدى أن يرجع على الاصيل بجميع الالف فانما وصل اليه من جهة صاحبه مائة فيبقى حقه في الرجوع على الاصيل بتسعمائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الاصيل بمائة فأيهما أخذ منه شيئا اقتسما المأخوذ اعتبارا على قدر شركتهما فيما في ذمته لاحدهما تسعة أعشاره وللآخر عشره ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أو كر حنطة أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار وملك الكفيل الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة ما لو أداها بعينها الى المؤدى فيتبع كل واحد منهما الاصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئا كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما فى ذمته ولو كان الدين طعاما وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه لان ما أداه الكفيل يصلح ان يكون عوضا عن جميع الطعام فيصير به متملكا بجميع الطعام (ألا ترى) أنه لو باعه بالطعام ثوبا كان به متملكا جميع الطعام حتى يرجع به على الاصيل فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم ان الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله الى الطالب رجع على المكفول عنه بتسعمائة ولم يرجع على الكفيل معه بشئ ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لان كل واحد منهما كفيل عن الاصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال صلح الكفيل مع الاصيل قبل أدائه الى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فاذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار مبرئا له عما زاد على المائة مما استوجب الرجوع عليه وهو كان كفيلا عن الاصيل وابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فاذا أدى القابض للمائة جميع الألف فانما أدى عن الاصيل تسعمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤديا عن الكفيل معه مقدار ما كفل عنه وذلك مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الاصيل بتلك المائة لان أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذى أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن يرجع على شريكه بتسعمائة لانه دفع اليه المائة على أن يؤديها عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفل عنه خمسمائة وأداها فله ان يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالح صاحبه على كر حنطة ودفعه اليه على ان ابراه من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لانه كفل بالخمسمائة وما أدى اليه يصلح أن يكون عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز فى حق الطالب فله ان يأخذ بجميع المال أيهما شاء فان أخذ الطالب الكفيل الذى أدى بالالف فأداها فانه يرجع بها تامة على الكفيل الذى معه وبخمسمائة مع ذلك على الذى عليه الاصل ان شاء ألا أن يشاء الكفيل القابض للطعام ان يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لان المؤدى للألف استوجب الرجوع على شريكه فى الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لانه تحمل ذلك عنه بأمره وبالنصف الآخر لانه دفع اليه الطعام على ان يؤدي عنه ما يقابله وهو خمسمائة الى الطالب فاذا

لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا الا ان القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على ان يبرئ المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدي عليه بخمسمائة فاذا آل الامر الى ذلك خير لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فان شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وان شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وان شاء المؤدى للألف رجع بخمسمائة على الاصيل لانه اداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذى قبض الطعام الا أن يشاء الكفيل ان يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسئلة) ان الخمسمائة التى هى عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الاصيل لانه صار مملكا اياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة الا أن يشاء القابض للطعام ان يرد عليه الطعام لانه قبضه منه على سبيل الحط والاغماض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها اليه على ان أبراه من حصته من الكفالة ثم ان الطالب صالح الكفيل الذى قبض الدنانير على تلك الدنانير باعيانها عن جميع المال وأداها اليه كان جائزا لانه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تعيينها من دنانيره فى جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تمليكا منه لانعدام معنى الربا عند اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذى صالح الطالب أن يرجع على الاصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الاصيل بخمسمائة أيضا لان الذى صالح الطالب قد يملك جميع الالف بهذا الصلح بمنزلة ما لو أدى اليه جميع الالف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسمائة على الدنانير فيجعل ذلك الصلح بينهما كانه كان بعد اذنه فيتقرر كل واحد منهما فى الرجوع عن الاصيل بخمسمائة لان أداء الكفيل المصالح الاول عنه كادائه بنفسه وأيهما أخذ شيئا من الاصيل شاركه فيه صاحبه لان الدين الذي فى ذمة الاصيل مشترك بينهما وما يقبض أحد الشريكين من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى المال كله الى الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على ان ابراه أو على عشرة دنانير على ان ابراه وقبض ذلك فهو جائز لانه بالاداء استوجب الرجوع على شريكه فى الكفالة بخمسمائة والصلح من الخمسمائة على مائة درهم أو على عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الاصيل بالالف تامة لانهما صارا مؤديين عنه جميع الالف فان كان الصلح بينهما على الدنانير فالالف بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير متملكا للخمسمائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التمليك اذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الاصيل بخمسمائة بمنزلة ما لو أدى الى صاحبه خمسمائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالالف بينهما على عشرة اسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسمائة بالمائة ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وابراء مؤدى الالف صاحبه عما زاد على المائة لا يكون ابراء الاصيل فيكون له ان يرجع على الاصيل بتسعمائة وللآخران يرجع عليه بالمائة فاذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التمليك ممكن والصلح قبل الاداء وبعد الاداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الاصيل بالكفالة كما يجب للطالب على الكفيل بعين فى حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الاصيل بحسب ما تعامله الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الاصيل قبل الاداء وبعده واذا كان الدين طعاما قرضا أو غصبا فصالح أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مسماة على أن ابرأه من خصومته فهو مثل الباب الاول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح بينهما بطريق المبادلة ممكن فان أدى الذى قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الاصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم كان أصيلا فى حق صاحبه وأداء كفيله كأدائه بنفسه وقد تم ملكه فى حصته من الطعام بما أدى من الدراهم الى صاحبه فيرجع على الاصيل بذلك والمؤدى للطعام كفيل عن الاصيل بالطعام وقد أدى فيرجع عليه بما لم يصل اليه عوضه من صاحبه وذلك نصف الطعام فلهذا رجعنا عليه بالطعام نصفين وان أدى الطعام الذى دفع الدراهم اتبع صاحب الاصل بالجميع لانه كان كفيلا عنه بجميع الطعام وقد أدى فيرجع على الكفيل الذى قبض الدراهم بنصف ما أدى الطعام لانه دفع اليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذى كان كفل به عنه ليؤديه الى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك الا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد الدراهم لانه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فاذا آل الامر الى ان يلزمه رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له أن يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من الدراهم ان شاء وان شاء الكفيل الذى أدى الطعام اتبع صاحبه فى الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا الا أن يشاء القابض للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فحينئذ يكون له ذلك فيدفع اليه دراهمه مع نصف الطعام فالمقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل بمائة درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بها ثم ان أحد الكفيلين صالح الآخر على عشرة دراهم على ان ابراه ثم صالح الطالب الذى قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها اليه فانه يرد تسعة ونصفا على الكفيل الذى معه ثم يرجعان جميعا على الاصيل بخمسة لان المؤدى للعشرة انما أداها الى صاحبها على أن يؤدى عنه العشرة وهو ما أدى الى الطالب مما كفل عنه الا درهمين ونصفا لانه أدى اليه خمسة وهى شائعة فى النصفين نصف ذلك مما هو فيه متحمل عن صاحبه فعرفنا انه أدى الى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا وصاحبه انما برئ مما بقى بابراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتعذر تصحيح الصلح بطريق المبادلة فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدى عن الاصيل درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك * ولو لم يكن هكذا ولكن الذي عليه الاصل صالح أحد الكفيلين على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز بطريق الاسقاط لما وراء العشرة مما استوجب الرجوع به عليه عند الاداء فان أدى الكفيل الذى أخذ العشرة الى الطالب المائة درهم لم يرجع على الاصيل ولا على صاحبه بشئ وقد صالح الاصيل على ما أخذ منه من العشرة وصار مبرئا له عما زاد على ذلك فلا يرجع عليه بشئ عند الاداء والكفيل معه انما استفاد البراءة ببراءة الاصيل لا بادائه لان براءة الاصيل على أى وجه تكون تتضمن براءة الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذى معه بخمسين درهما وعلى الاصيل بمثل ذلك لانه صار مؤديا عن الكفيل الذى معه مقدار الخمسين ولو لم يجر بين الكفيل الآخر وبين الاصيل صلح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر بما أدى عنه بالكفالة وهو مقدار الخمسين فبعد صلحه أولى وقد كان كفيلا عن الاصيل بالخمسين الاخرى وأداها عنه ثم يرجع الاصيل على الكفيل الذى صالحه بخمسة دراهم لانه كان صالحه على عشرة دراهم ونصف ذلك مما كان هو الذى كفل به عنه ونصفه مما كفل به صاحبه على أن يكون هو المؤدي عنه فاذا لم يفعل كان له أن يرجع عليه بنصف تلك العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الاخرى للمصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الاصيل لولا صلحه معه على هذه الخمسة وابراؤه إياه

عما زاد عليها الى تمام الخمسين ولو صالح الاصيل الكفيلين جميعاً على عشرة دراهم من جميع الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة الى الطالب فانه لا يرجع على الاصيل بشئ إلا بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة الى تمام ما كفل عنه ولو أبرأه عن ذلك بعد الاداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الاداء وان شاء رجع على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الاصيل لانه انما كان قبض تلك الخمسة ليؤدى الى الطالب ماتحمل عن الاصيل ولم يؤد شيئا وانما أداه الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة يقبضها منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الاصيل الا بخمسة سوى الخمسة التي قبضها صاحبه في الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة عن الاصيل وهو ماأبرأه منها فيرجع بها على الاصيل ان شاء ثم يرجع بها الاصيل على القابض منه وان شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وان لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى الاصيل رجع على الكفيلين بعشرة دراهم بعينها لانهما استوفيا العشرة منه ليؤديا عنه ماتحملا من الدين ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا يرجع بما زاد على ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه ولو صالحها على ثوب ودفعه اليهما ثم انه أدى المائة الى الطالب رجع على كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه في حكم المستوفى الخمسين بطريق المبادلة وانما استوفى على أن يؤدى عنه حق الطالب فاذا لم يفعل ولكن أداها صاحبه وقد كان كفيلا عنه بها كان له أن يرجع بتلك الخمسين عليه وان شاء رجع بها على الاصيل لانه يتحمل تلك الخمسين عن الاصيل وقد أداها فان رجع بها على الاصيل رجع بها الأصيل على الكفيل الذى لم يؤد شيئا إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه نصف الثوب الذى صالحه عليه لانه استوفاها عنه ليؤديها عنه فاذا لم يفعل حتى أدى هو بنفسه الى الكفيل المؤدي عنه كان ذلك بمنزلة أدائه الى الطالب فيرجع بها على الذى لم يؤد شيئا إذ الذى لم يؤد شيئا صار مستوفيا بطريق التجوز بدون الحق فيتخير لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فانه لا يرجع على شريكه في الكفالة بخمسة دراهم ولكن الاصيل يرجع على الكفيل المؤدي للعشرة الي الطالب بأربعين درهما وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه صار قابضا للخمسين على أن يؤدى عنه ذلك الى الطالب ولم يفعل ذلك الذى

لم يؤد الى الطالب شيئا وانما برئ هو عن تلك الخمسين بابراء الطالب اياه فكان للاصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين الا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان في حكم القابض للخمسين منه أيضا على أن يؤدى ذلك عنه وانما أدى اليه عشرة فمازاد على العشرة انما برئ الأصيل عنه بابراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الاربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لانه قد استوفى من الاصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشئ منها على شريكه ولو لم يؤد شيئا ولكن الاصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فانه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهماً إلا أن يشاء رد الثوب عليه لان كل واحد منهما في حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الاصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فانه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا انه قبض ذلك من الاصيل وزيادة ولكن يرد درهما على الاصيل لانه قبض من الاصيل خمسة وما أدى عنه الى للطالب إلا أربعة فانما برئ عما زاد على الاربعة بابراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الاصيل لان صاحبه استوفى من الاصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئا وانما برئ هو من حصة صاحبه بابراء الطالب ولو كان الأصيل صالحهما على ثوب ثم ان أحدهما صالح الطالب على دراهم على ان أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشئ لانه انما أدى الى الطالب درهما وقد صار مستوفيا من الاصيل مقدار الخمسين بالصلح على الثوب فلهذا لا يرجع على شريكه بشئ ولكن المصالح مع الطالب يرد على الاصيل تسعة وأربعين درهما وصاحبه يرد على الاصيل خمسين درهما لان كل واحد منهما صار مستوفيا للخمسين درهما من الاصيل على أن يستفيد الاصيل البراءة من حق الطالب بادائهما ولم يوجد ذلك فالذى صالح الطالب على الدراهم انما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه مازاد على ذلك الى تمام الخمسين والآخر لم يؤد عنه شيئا الى الطالب فيرد عليه ماصار مستوفيا منه وذلك خمسون درهما واذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوض رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شئ أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة بينهما في ضمان الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها أولى وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب يباشره بعد

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الأجل والاجل الذى كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة مالو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو مفاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره فى حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فينفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذى أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك فى وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك فى الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذى أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره اياهما فانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا فى حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط فى التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل فى حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت لا يوجب حلوله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما فى شركة العنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شئ لان الشركة بينهما تتضمن الوكالة فى التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر كالاجنبي فيه فلا يطالب بشئ منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا انما يجب للكفيل على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (ألا ترى) أنه لو كفل ببدل الصرف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الأصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما يرجع به

الكفيل على الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالاداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببدل القرض صحيح ولو كان شئ من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون دينا بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة هنا بل هو تأجيل فى عين ما استوجب الرجوع به عليه فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل فى القرض لا يلزم قلنا هو فى حكم القرض وأما فى الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بعقد ما لا وهو الكفالة والاجل فى القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلهذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شئ قبل أن يؤدي كان جائزا لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله فى ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهي اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصلح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضي عنه ما عليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحا لانه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الاداء والتأجيل فى الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام دينا فاذا صالحه على دراهم كان دينا بدين فلا يكون عفوا بعد المجلس والدراهم لا تتعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شئ بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كر حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة بينهما فى هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكر وأجله فى ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الأجل والاجل الذى كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو معاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره فى حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذى أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك فى وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك فى الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذى أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره اياهما فانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا فى حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط فى التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل فى حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت لا يوجب حلوله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما فى شركة العنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شئ لان الشركة بينهما تتضمن الوكالة فى التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر كالاجنبي فيه فلا يطالب بشئ منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا انما يجب للكفيل على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (ألا ترى) أنه لو كفل ببدل الصرف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الأصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما يرجع به

الكفيل على الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالاداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببدل القرض صحيح ولو كان شئ من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون دينا بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة هنا بل هو تأجيل فى عين ما استوجب الرجوع به عليه فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل فى القرض لا يلزمه قلنا هو فى حكم القرض وأما فى الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بعقد ما لا وهو الكفالة والاجل فى القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلهذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شئ قبل أن يؤدي كان جائزا لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله فى ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهى ما اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصلح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضى عنه ما عليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحا لانه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الاداء والتأجيل فى الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام دينا فاذا صالحه على دراهم كان دينا بدين فلا يكون عفوا بعد المجلس والدراهم لا تتعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شئ بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كر حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة بينهما فى هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكر وأجله فى ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ماسمي أما اذا لم يسم الكفيل شيئا فالمال عليه الى ذلك الاجل لانه بالكفالة انما يلتزم المطالبة التى هى ثابتة على الاصيل والمطالبة بهذا المال على الاصيل بعد حل الاجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا وأما اذا كفل به الى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده الا وكادة وأما اذا كفل به الى أجل دون ذلك فلانه لو كفل به حالا لزمه المال فى الحال لان الاصيل لو أسقط الاجل لزمه المال فى الحال فكذلك الكفيل وكفالته على أن يؤديه حالا بمنزلة اسقاط الاجل فاذا جاز فى جميع الاجل جاز فى بعضه وان كفل به الى أجل أكثر من ذلك فلانه لو كان المال حالا على الاصيل فكفل به الكفيل الى أجل مسمي صح ولم يطالب الكفيل الا بعد حل الاجل فكذلك اذا كفل به الى أجل أكثر من الاجل فى حق الاصيل فان كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلا الى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لانه أضاف التأجيل الى أصل المال وأصل المال ثابت فى ذمة المطلوب فيثبت الاجل فيه ثم يثبت فى حق الكفيل بثبوته فى حق الاصيل وهذا بخلاف ماإذا أجل الكفيل سنة لان التأجيل هنا غير مضاف الى أصل المال بل هو مضاف الى المطالبة التى التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا على الاصيل ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل الى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لانه أضاف التأخير الى مااستوجبه على الاصيل بالكفالة وذلك فى حكم دين آخر سوى دين الطالب ولان التأخير تصرف من الكفيل باسقاط حق المطالبة الى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضى الاجل كما لو أجله بعد الاداء ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الاصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الاصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالابراء فكما أن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل وابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الاصيل اذا أدى الكفيل المال قبل الاجل لان اسقاط الكفيل الاجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وان كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الاجل كان له أن يرجع على الاصيل فى الحال لان المال حال على الاصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الاداء

بخلاف ماسبق والكفالة بالقرض الى أجل مسمي جائزة لان بدل القرض مضمون تجرى النيابة فى أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل الى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا أن الكفيل انما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا عن رجل ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وأخر الطالب عن الاصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين لان أصل المال فى ذمة الاصيل فاذا صار ما فى ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء عليه (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان أخر عن الكفيل الاول فهو تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال اعتبار التأجيل بالابراء وهذا لان المطالبة التى التزمها الكفيل الثانى بناء على المطالبة التى هى على الكفيل الاول فالتأجيل فى حق الكفيل الاول يكون تأجيلا فى حق الثانى دون الاصيل ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم الى سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه فاستحق العبد فالمال على الكفيل الى أجله بمنزلة مالو كانت هذه المعاملة للطالب مع الاصيل وهذا لان الاجل انما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الاصيل باستحقاق العبد فكان المال عليه الى أجله وكذلك لو رده المشترى بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد من الاصل ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان هذا بمنزلة الاقالة بمنزلة العقد الجديد فانها تعتمد التراضى الا انها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والاجل ليس من ذلك فى شئ فكان فى حكم الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدأ فلا يثبت الاجل فى بدله الا بالشرط ولو كان قضاه الالف معجلة نبهرجة فوجدها ستوقة فردها عليه كان المال عليه الى أجله لانه تبين انه ما صار قابضا لدينه وسقوط الاجل من حكم قبضه فاذا لم يصر قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك ان وجدها زيوفا فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزيافة فسخ للقبض من الاصل بدليل أن الراد ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والعقد لا يوجب التسليم مرتين فلو لم ينتقض القبض من الاصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزيوف غير الجياد التى هى دين في الذمة فالمقبوض انما يكون حقا له على أن يتجوز به فاذا لم يتجوز به ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقا له وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فاذا انعدم ذلك بقي الاجل كما كان وان كان حين أعطاه المال أعلمه انها زيوف فهو جائز لانه تجوز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضا دينه ولا يجعل هـذا مبادلة للاجل بالصفة لانه كان من غير شرط بينهما وانما تحقق المبادلة اذا كان شرط ثم يرجع الكفيل على الاصيل بالجياد لانه بالكفالة استوجب ذلك عليـه ولو أن الكفيل أحاله بالمال على رجل الى أجل أوحال فمات المحتال عليه مفلسا رجع المال على الكفيل الى أجله لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا على ما بينا فانما يعود الحكم الذى كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه الى أجله ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء فى الحديث الشرط أملك أي يجب الوفاء به اذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين ينفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الاجـل فان حل الاجل على صاحب السـنة بأدائه رجع به على الاصيل لان المال عليـه حال وقد كفل هـذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لا يرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضى سنة أخرى لان المال عليه مؤجل الى سنتين وهو كفيل عنه الى سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدى عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشئ منـه حتى تمضى السنتان ولو كان الاصيل باع الطالب عبـدا بالمـال وسلمه اليـه برئ الكفيل من الكفالة لبراءة الاصيل فان رد الطالب العبد عليه بعيب بغير قضاء قاض لم يرجع المال على الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدأ فى حق الكفيل وان رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب ينفسخ العقد من الاصل فى حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المـال على الاصيل والكفيل جميعاً واذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة أو الى سنة فأحاله بها على رجل الى سنة ثم مات المحيل وهى على المحتال عليه الى الاجل لان بالحوالة تحول أصل المال الى ذمة المحتال عليه وثبت الاجل حقا له وهو حى محتاج الى الاجل فيبقى الاجل فى حقه بعد موت المحيل وان مات المحتال حل المال عليه لانه استغنى عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع المال الى المحيل فان كان الى أجل فهو عليه الى ذلك الاجل وان لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض وللمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالالف التى للمطلوب على الآخر الى سـنة فهو جائز وهى له الى سنة لانها انما تجب للطالب على المحتال عليه بعقد

الحوالة والواجب بعقد الحوالة كالواجب بعقد الكفالة في صحـة اشتراط الاجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليـه بالألف التى كانت له عليه لانه انمـا قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عيناً له في يد المحتال عليه فكذلك اذا كانت دينا فى ذمتـه وان أبرأه منهـا أو وهبها له لم يجز لان حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لانه ما التزم الحوالة بالمـال مطلقة وانما التزمها مقيدة بذلك المال فاذا سقطت عنه بالابراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشئ (ألا ترى) أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة فى يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فان مات المحيل وعليـه دين فما كان قبض المحتال له فى حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لانه بمنزلة المرهون وقد تقـدم بيان هذه المسـئلة فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم الى سنة ثم ان المحتال عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزا لان الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو أسقط الاصيل الاجل قبل الحوالة فان أداها لم يرجع بها على الاصيل المحيل حتى يمضى الاجل لان اسقاط الاجل صحيح فى حقه لا فى حق المحيل ولو كان دينا للمحيل على المحتال عليـه ثم ان المحيل قضي المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع عنه لان أصل دينه بقى على المحتال عليه الا أنه كان لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب فاذا زال ذلك الشغل بأن قضاه المال من عند نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وانما لم يجعل هذا تطوعا منه لانه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ما اذا قضاه عنه غيره فانه يكون متطوعا فى ذلك لانه ما قصد هـذا المؤدى تخليص شئ لنفسـه وهو نظير المعير للرهن اذا قضى الدين لم يكن متبرعا فيـه بخلاف ما اذا قضاه غيره واذا كان المؤدى متطوعا كان المـال الذى عليه له لا لسقوط دين الطالب عنه بابراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحال رجل بمال لابنه الصغير على رجل الى رجل لم يجز وكذلك الوصي لان الحوالة ابراء الاصيل والاب والوصي لا يملكان الابراء فى دين الصغير وكذلك الوكيـل اذا لم يفوض اليه الموكل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لانه نائب فى الاستيفاء وقبول الحوالة ابراء للاصيل وليس باستيفاء فاما الوكيل بالعقد اذا أحال رجل على رجل بمال الى أجل ثم ان المحتال عليه أحاله على آخر الى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لان بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الأصيل فانه تنفسخ الحوالة بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال الى أجل ثم مات المحتال عليه وترك وفاء وعليه دين فكان فى طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن للطالب أن يرجع على الاصيل حتى ينظر الي ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه مليا فان تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لا سبيل للطالب على المحيل في المطالبة بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الأمر بالضمان

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له فضمنها له فهي لازمة الكفيل يأخذه بها الطالب لانه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون لازما فى ذمته ويكون هو مجبرا علي أدائه فاذا أداها لم يرجع بها على الآمر لانه لم يأمره أن يضمن عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانها عليه وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال يرجع بها على الذى أمره لان أمره اياه بالضمان بمنزلة الاعتراف منه أن المال عليه وانه يلتزم المطالبة عليه من المال ويسقط المطالبة عنه بالاداء وقد بينا هذه المسئلة فأعادها فى الفروع ولم يذكرها فيما سبق وقال ان قال الكفيل انى لم أضمن لك دينا كان لك على أحد وانما ضمنت لك مالا لم يكن عليّ ولا على غيرى فان الطالب لا يكلف شيئا ولا يطالب منه تفسير وجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن كان الكفيل يؤخذ بالضمان باقراره أو بالبينة التى قامت للطالب عليه بالضمان والكفيل هو الذى ضيع حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع به علي أحد وهذا لان مطلق العقود الشرعية محمولة علي الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما للمطالبة بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثانى رجع عما أقر به أولا فيكون رجوعه باطلا واقراره وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة ما لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الاصيل ذلك كله فان المقر يطالب بالمال ولا يرجع به على أحد اذا أدى وكذلك لو قال رجل لآخر أكفل لفلان بألف درهم

ففعل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر انه قال احتال عليه بألف درهم فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الآمر من ذلك شئ لانه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره اياه بالكفالة والحوالة وجوب أصل المال عليه لان الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذى على الآمر فلان تجوز بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الآمر رسول ذلك المطلوب اليه أو فضوليا أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الامر عبدا أو مكاتبا أو صبيا وان كان المأمور صبيا تاجرا لم يجب عليه الضمان لانه ليس من أهل الالتزام بالكفالة سواء كان المال على الآمر أو غيره وان كان المأمور مرتدا فان أسلم فضمانه جائز عليه وان قتل على الردة فضمانه باطل فى قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وان لحق بالدار فذلك بمنزلة موته فنقول ان رجع مستأمنا أخذناه بالضمان هكذا فى بعض النسخ من الاصل والصحيح فان رجع مسلما لان المرتد لا يعطى الامان واذا خرج مستأمنا قتل على الردة ان لم يسلم وكان الضمان باطلا عند أبي حنيفة رحمه الله واذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم التى له على أو قال أحلت لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم على انها لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن أؤديها اليك أو قال على أن أؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الامر اذا أداه لان فى كلام الآمر تصريحا بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمرا منه للمأمور فى ذمته بما يؤديه من ماله أو التزاما له ضمان ما يؤديه الى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له عليه اذا أدى واذا أمر رجل خليطا له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والآمر مقر بأن الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الآمر استحسانا لان الخلطة بينهما تقوم مقام تصريحه بالامر بالكفالة عنه فان الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدى عنه ما عليه ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عنى والخليط عندنا هو الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع المال عنده وكل من فى عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير اذا كان فى عياله لانه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامنا وكذلك ان أمر الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما يحفظ ماله بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما واذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم كانت للمحيل

على المحتال عليه فأداها فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لي فالقول للمحيل لان وجوب المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفي هذه الحوالة احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيلا له في قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون مقصوده اسقاط مطالبة المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على المحيل ولا يثبت مع الاحتمال الا أدنى الامرين وهو أن يكون المحتال وكيلا للمحيل في قبض المال فاذا قبضها أمر بتسليمها اليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له اضمن له ألفي التي لي عليك أو اكفل له بألفي التي لي عليك لانه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال للطالب على الآمر ويحتمل أن يكون وكيلا له في قبضه من مديونه ولو أن رجلا أتى خليطا له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمنها له وأداها اليه فللآمر أن يأخذها من المضمون له وهو وكيل للآمر في ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها الى المكفول لانه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال المضمون له عليه والخلطة بين الآمر وبين الضامن لا بينه وبين المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال المضمون له على الآمر فلهذا كان المضمون له وكيل الآمر اذا قبض المال أمر بالدفع اليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من دفعها الى المضمون له لانه التزمها له بعقد الكفالة الا أن يحضر الآمر فان حضر وادعى أن المال له على المأمور كاف اقامة البينة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فاذا حلف برئ من حق الآمر والمضمون له وكيل من جهته وبراءته عن مطالبة الموكل توجب البراءة من مطالبة الوكيل ضرورة لانه ادعى لنفسه دينا عليه فيحتاج الى اثباته بالبينة واذا لم يكن له بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المأمور ليس بخليط للآمر كان الضمان جائزا لانه التزمه بعقد الكفالة والمال للمكفول له دون الآمر لان المكفول له لا يمكن أن يجعل وكيلا للآمر هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للآمر على المأمور وليس في لفظه ما يدل على ذلك ولا يثبت بينهما يدل على أنه انما ضمن المال له وكان هذا التزاما من المأمور للمكفول له خاصة ولو كان الكفيل خليطا للمكفول له لم يرجع على الآمر بشئ لانه لا سبب بين الآمر وبين المأمور والخلطة التي بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلا على أن الآمر انما أمر المأمور بالضمان عنه فلهذا لا يرجع عليه بشئ الا في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله على ما بينا والله أعلم بالصواب .

باب تكفيل القاضي في الدعوى

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل مالا عند القاضي فأنكره وسأل المدعي أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفي القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شئ على الخصم لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفي الاجبار على اعطاء الكفيل الزام شئ اياه وانما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فان القضاة يأمرون بأخذ الكفيل من الخصوم من غير نكير منكر ولا زجر زاجر وفيه نظر للمدعي لانه اذا أحضر شهوده فلابد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفي شخصه فيعجز المدعي عن اثبات حقه عليه وفي أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعي ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستحلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعي بعد انكاره وان لم يتوجه له حق في تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعي من غير ضرر فيه على الخصم اذا كان محقا في انكاره وكذلك الاشخاص الى بابه يثبت بنفس الدعوى بما ها من النظر للمدعي فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعي لا يحصل بالمجهول فقد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتقدير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا الى المجلس الثاني وقد كان القاضي فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وان كان يجلس في كل يوم فربما يعرض للمدعي عارض فيتعذر الحضور في المجلس أو المجلسين وانما أخذ الكفيلين لنظر المدعي فيؤخذ الكفيل على وجه لا يؤدي الى التعنت في حق المدعي وان قال بينتي غيب لم يأخذ له منه كفيلا لانه لا فائدة في أخذ الكفيل هنا فالغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب وان أراد المدعي استحلاف الخصم يمكن منه في الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك ان أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعي شئ كما يثبت بنفس الدعوى وان قال لا بينة لي وأنا أريد أن أحلفه فخذ لي منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه يستحلفه مكانه لان حكم اليمين لا يختلف باختلاف الاوقات والقاضي مأمور بفصل الخصومة في أول أحوال الامكان وذلك في أن يستحلفه للحال بكون المدعي طالبا لذلك فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وان قال بينتي حاضرة فخذ لي منه كفيلا فقال المطلوب له ولي كفيل فانه يأمر الطالب أن يلزمه ان أحب حتى يحضر شهوده لان الملازمة فعل متعارف قد كان على عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرّ على أبيّ بن كعب
رضي الله عنه وهو يلازم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعده فى موضع ويقعد
الى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة)
أن يدور معه حيثما دار فاذا دخل على أهله قعد من يلازمه على باب داره وان كان يخاف
أن يهرب من جانب آخر فاما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له فى أن يدخل
معه ليلازمه اذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره اذا أحضر شهوده
ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله
فيه غرض صحيح وهو التوصل الى حقه فى أقرب الاوقات بنكوله وفيه اختلاف بين
أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله ولا ينبغى
أن يسجنه لان الحبس أقوى العقوبات فى دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن
يثبت المال عليه وان قال الطالب خذلى منه كفيلا بالعين التى ادعيتها فى يده أخذ له كفيلا بها
أيضا لانه لا يتمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لاخراجها
من يده قبل اقامة المدعى حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وان كان
الكفيل بنفسه وبذلك الشىء واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا بنفسه
ووكيلا فى خصومته فان القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لان
الخصم ربما لا يبالى بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعى من اثبات حقه بالبينة على
الكفيل وفى الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الاصح لان المدعى
عليه يقول أنا أهدي الى الخصومة من غيرى خصوصا فى هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل
ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به اذا حضرت ففى الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به
والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فاذا أراد الطالب أن يكون ضامنا
لما قضى له عليه فان القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر الخصم على
اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولي وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى عينا فان هناك لا يتمكن
من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم وانما
الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل اثباته فكيف يجبر
على اعطاء الكفيل به وان بعث القاضي مع الطالب رسولا يأخذ له كفيلا فكفل به الكفيل

الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل الى الطالب برئ لان الكفالة كانت
له وقد أوفاه حقه حين سلم نفس الخصم اليه وان كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذى
كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب فى الوجهين جميعا فانها تبنى على
دعواه ولكنا نقول المقصود لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس
الى القاضي أو الى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه الى ثلاثة أيام فتغيب الطالب
فالكفيل على كفالته حتى يدفع صاحبه اليه ويبرأ منه لان التزام التسليم اليه لا يبرأ بمضي
الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوبا كان أو طالبا
والمستأمن والذمى والمرتد فى جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تبنى على الدعوى
والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قدم رجل مكاتبه الى القاضي وادعى مضى أجل
الكتابة وقال بينتى حاضرة فخذلى منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لانه عبده والمولى لا يستوجب
على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببدل
الكتابة الذى عليه لم يجز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلا بنفسه فى دعوى ذلك قبله (ألا ترى)
أن المكاتب يتمكن من أن يعجز نفسه ولا يطالب بشىء من ذلك وكذلك لو ادعى على عبد له
تاجر دعوى وعليه دين أو لا دين عليه فان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولو ادعى المكاتب
قبل مولاه دينا فانه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لانه يستوجب قبل مولاه من الحق
مايستوجبه قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذى له على مولاه جاز فكذلك
يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه دينا وعلى العبد دين لان كسبه
حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وان لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له
من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه اذا لم يكن عليه دين
وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس فى حق رجل فأراد الطالب أن يخرجه من
السجن حتى يخاصمه فقال الذى حبسه خذ لي منه كفيلا بنفسه فيما لى عليه فانه يخرجه له
ويخاصمه وهو معه حتى يرده الى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لانه فى يده وهو محبوس
معناه انما يخرجه مع أمينه وهو فى السجن محبوس فى يد أمينه فكذلك اذا أخرجه ولا غرض
للطالب هنا فى المطالبة بالكفيل سوى التعنيت فلا يجيبه القاضي الى ذلك وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله فى الكفالة بالنفس لا يجعل لها أجلا انما ذلك على قدر خلوصه الى القاضي

حتى اذا كان يمكنه من التقدم الى القاضي في أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى واذا كانت الدعوى في شئ بعينه فخفت أن يغيبها المطلوب وكانت غير معينة وضعتها على يدي عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجملته بمنزلة الكفالة لان في التعديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يغيبها الخصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فان كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يضعه على يدي عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشئ وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع على يدي عدل حتى يقيم البينة لان تعيينه غير ممكن ولا حاجة الي احضارها لاقامة البينة وانما اقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدي عدل اذا خيف على المطلوب استهلاكه لانه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فمن تمام النظر له أن يوضع على يدي عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفي العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرئ بالشبهات واذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أيقر بمالي أو ينكره فانه ينبغي للقاضي أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بينتك وان لم يقر ولم ينكر قال للمدعى أحضر البينة لان الساكت بمنزلة المنكر وان لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فان كان أنكر استحلفه القاضي له وان لم يقر ولم ينكر فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يستحلفه ولكن يحبسه ليتجنب خصمه لان الاستحلاف لترجح جانب الصدق في انكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل انكاره وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن القاضي يستحلفه لان سكوته قائم مقام الانكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يعرض اليمين على الساكت حتى يقضى عليه بالنكول لحق المدعى ولا ينبغي للقاضي أن يحبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لانه ما ثبت عليه شئ بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان المنكر ممتنع والساكت كذلك وان قال المطلوب للقاضي سل الطالب من أي وجه يدعى على هذا المال سأله من غير أن يجبره على ذلك فان

أبى أن يبين وجهه سأله البينة لانه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا اليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على ما يضره ولا أن يحبسه اذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البينة فان لم تكن له بينة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شئ منه فان حلف دعا المدعى ما على شهوده وفي هذا بيان ماان للمدعى أن يستحلف الخصم وان كان شهوده حضورا وهو قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يستحلفه اذا زعم المدعى أن شهوده حضور هكذا ذكره في النوادر لان مقصود المدعى من ذلك هتك ستر المدعى عليه وافتضاحه واذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحدهما هي بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السود فان ادعى الطالب البيض أو ادعى المالين جميعا قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى فان البياض صفة زائدة لا تثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الالف فيقضى بالقدر المتيقن وهو السود وان ادعى المدعى السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لانه أكذبه في ذلك ولا يقضى له بسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحدهما جيد والآخر ردئ أو شهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير لم يقض القاضي بشئ لان لكل واحد من الجنسين شاهدا واحدا والمدعى انما يدعى أحدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والآخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق ان عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكفي لقبول الشهادة وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر اتفاقهما في اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لانهما اتفقا عليها لفظا ومعنى وانما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة والآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في شئ لان هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل انه خلا عن حرف العطف فهو كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الاقل في جميع ذلك وهو قول شريح رحمه الله فانه شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمانمائة فقضى شريح رحمه الله بالاقل وروى نحو ذلك عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبي ليلى رحمه الله يقول شهادة أهل الاهواء جائزة وقد بينا هذا في كتاب الشهادات انه قول علمائنا رحمهم

الله و بين المنى فيه فقال انما الهوى شئ افتتن به رجل فأخطأ فى ذلك فلا ينبغى أن نبطل به شهادته وانما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة فى الدين فانهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا فيؤمن عليهم شهادة الزنا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد بعضهم على بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطابية وهم صنف من الروافض فانهم بلغنى أن بعضهم يصدق بعضا بما يدعى ويشهد له به اذا حلف عنده انه محق فهذا منهم فى شهادته فلا أقبل شهادته لهذا واذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر على خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فانه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم المعقود عليه وانما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو شهد شاهدان أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما انه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها فشهادتهما بالف جائزة لانهما اتفقا على وجوبها وانما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ آخر وهو أنه قضاه خمسمائة ولو قضاه جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر رحمه الله أن هذه الشهادة لاتقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكنا نقول هو غير مكذب له فيما شهد له به وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق الشاهد فيما شهد له به ويكذبه فيما شهد عليه أرأيت لو شهد أحدهما انه أجره سنة أكنت تبطل شهادته على أصل المال بذلك ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب انما لى عليك خمسمائة وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فان شهادتهما جائزة بخمسمائة لانه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما بتوفيق محتمل فقد يستوفى المدعى بعض حقه ولا يعرف الشاهد بذلك ولو قال لم يكن لى عليك قط الا خمسمائة أبطلت شهادتهما لانه قد أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد قبضها المشترى فقال البائع قد أشهدهم المشترى بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع اذا كان مقبوضا فالعقد فيه منتهى وانما دعواه دعوى الدين وقد صدق الشهود فى ذلك ولو قال لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن متاع أبطلت شهادتهما لانه أكذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لانه ماأكذبهما فى الشهادة وبجعل ما ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وانما أقر انها كانت عن فلان بطلت شهادتهما لانه قد أكذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شئ فشهد له شاهدان بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع اليه أجزت ذلك لانه لا منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين ما ادعى من الابراء والايفاء وكذلك لو قال لم يكن له على شئ قط ثم أقام البينة على الابراء والايفاء وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول هنا لا تقبل بينته لكونه مناقضا فى دعواه ولكنا نقول هو غير مناقض لانه يقول ما كان له على شئ قط ولكن افتديت نفسى من المال الذى ادعاه على أو سألته أن يبرئنى ففعل ذلك والبينة حجة فلا يجوز ابطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع اليه شيئا أولم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أولم أكله أولم أخالطه لم أقبل منه البينة بعد ذلك على دفع المال لان ما تقدم من كلامه اكذاب منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة فى دين أو كفالة وقد اختلفا فى الوقت أو المكان جائزة لان البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف فى المكان أو الزمان ولو كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان على واحد أنه دفع المال الذى عليهم لم تجز شهادتهما لانهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو اسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع عليهما المشهود له بشئ لانهما لم يبرآ من شئ من حق الطالب وانما يرجع الكفيل على الاصيل اذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فاذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشئ والله أعلم

باب مايصدق فيه الدافع من قضاء الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة منها فى صك فصك منها قرض وصك كفالة عن رجل وصك ثمن عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب وأشهد أنها من صك كذا فهى من ذلك الصك لانه هو المعطى وقد صرح فى الاعطاء بالجهة التي أعطى بها المال فتصريحه بذلك نفى منه الاعطاء بسائر الجهات ولا معارضة بين النافى والمثبت وكذلك ان لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب فى الجهة التى أعطى بها فالقول قول المطلوب لانه هو المالك لما أدى من الطالب والقول فى بيان جهة الطالب للتمليك قول المملك لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع وهذا لانه

وهذا نوع حجر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس الحبس بتفليس لانه دلالة القدرة على أداء الدين لا دلالة العجز ولا يضرب المحبوس فى الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لان هذه عقوبات زائدة ما ورد الشرع بها وانما قلنا بالحبس ليكون حاملا له على قضاء الدين وان كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص فى الزيادة عليه فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الامة صفد ولا قيد ولا غل ولا تجريد والصفد ماتقيد به الايدى أراد بقوله لا يقام يعنى لا يؤمر بالقيام بين يدي صاحب المال اهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حجر عليه ولا يجوز ذلك فى ماله فلان لا يجوز فى نفسه بطريق الاولى ويحبس الابوان فى نفقة الولد ولا تشتبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد انما شرع صيانة للولد عن الهلاك والممتنع كالقاصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فانه ليس فيه قصد اهلاك نفسه ولا يخرج المحبوس فى الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان الواجب أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع فى قضاء الدين فلو خرج احيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغى أن يحبس فى موضع خشن لا يتبسط له فى فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك واذا سأل القاضي عن المحبوس بعد شهرين أو أكثر فى السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يحل بين غريمه وبين لزومه وان شهد عليه شهود انه موسر أو ان له مالا أجزت شهادتهم ويترك المسئلة فى السر لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لا تقع الحاجة الى الاختبار وان أدى دين أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدى دين الآخر لان الظلم قائم ويحبس الرجل فى الدرهم وفى أقل منه لان مانع الدرهم وما دونه ظالم وينبغى أن يكون محبس النساء فى سجن على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدى الى فتنة ولا يمنع المحبوس من دخول اخوانه وأهله عليه لانه يحتاج الى ذلك حتى يشاورهم فى توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المكث عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتبة لانه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به فى حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالاجانب فى المعاملات مع مولاه والاول أصح وان كان للمكاتب على مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس فى دين

المكاتب لان مطالبته متوجهة على مولاه وهو ملحق بالاجانب فى حق أكسابه وكذلك العبد التاجر الذى عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق الغرماء والصبي التاجر فى السجن مثل الرجل يعنى يحبس لانه يؤاخذ بحقوق العباد فيتحقق ظلمه والغلام الذى يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصي وليس بتاجر مثل ذلك يريد به فى حق الحبس ولم يذكر انه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح أنه يحبس وليه وفى الكتاب مايدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم انما يتحقق ممن يخاطب بأداء المال ووليه هو الذى يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى لا يتجاسر على مثله ولكن هذا انما يكون فيما يباشر من أسباب التعدى قصدا أما ماوقع خطأ منه فلا ولا يحبس العاقلة فى الدية ولا فى شئ منها من الارش بقضائه عليهم ولكنه يؤخذ من الاعطية وان كرهوا ذلك لان الدية انما تعطى من عطائهم لا مما فى أيديهم من الاموال حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأدية وليس لهم عطاء يفرض ذلك عليهم فى أموالهم فاذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الدعار يحبسون أبدا حتى يتوبوا والداعر الذى يخوف الناس ويقصد أخذ أموالهم فكان فى معنى قطاع الطريق قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاما استهلك لرجل مالا وله دار ورقيق وعروض وليس له أب ولا وصي لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه ان شاء جعل وكيلا يبيع بعض ماله فيوفى الطالب حقه وان كان له أب أو وصي يجوز بيعه فانه لا يحبس والصحيح انه يحبس من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم للذمى بدينه والذمى للمسلم ويحبس الحربى المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم يتحقق فى حق الكل والله أعلم بالصواب

باب الابراء والهبة للكفيل

(قال رحمه الله) واذا قال الطالب للكفيل قد برئت الى من المال الذى كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض وللكفيل ان يرجع به على المكفول عنه لانه أخبر عن البراءة بفعل متعد من المطلوب والكفيل الى الطالب وذلك بفعل الاداء لان الابراء متعد من المطلوب الى الطالب وكذلك قوله قد دفعت الى المال أو نقدتنى أو قبضته منك وكذلك الحوالة واذا

قال أبرأتك لم يكن هذا اقرارا بالقبض وللطالب ان يأخذ الذى عليه الاصل لانه أضاف الفعل الى نفسه متعديا الى المطلوب وذلك انما يكون باسقاط الدين عنه . ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه وصفه بالبراءة فينصرف الى ذلك السبب المعهود والسبب المعهود الايفاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة قوله أبرأتك لانه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الادنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة الى الرجوع على الاصيل لاتثبت بالشك وقد مر هذا فى الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لايوصف بالتحليل أما المال الذى يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الدبون فتى حلله أسقط حقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لاحق لى فى مالك ولو قال له هكذا كان ابراء مطلقا فهذا كذلك والمحتال عليه فى جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلا بقبض ماله فقال الوكيل للكفيل برئت الى كان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو قال الوصى للكفيل قد أبرأتك أو انت فى حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر والعبد التاجر والمكاتب اذا قالوا ذلك للكفيل لايصح لما مر واذا ابرأ الطالب الكفيل من المال وأبى أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض فى حقه لانه ليس في حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذى عليه الاصل لان أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذى هو واجب له فى ماله غير عين فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من وجه فوفرنا على الشبهين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه بالتمليكات ومثله لو وهب من الكفيل فانه يرتد بالرد كما لو وهب من الأصيل لان الهبة لفظ وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة فى حق الكفيل كما فى حق الاصيل لان هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة فاذا سلطه عليه فهو مسلط عليه فى الجملة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه قصدا باحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحاً له واذا استقام تحقيق الهبة كما فى حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما فى حق الاصيل وقد مر أنه لو أبرأ الذى عليه الاصل من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب منه فلو مات قبل ان يعلم فهو برئ منه فى الهبة والابراء جميعا لانه تام فى نفسه ولكنه يرتد بالرد

فتى مات وقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فابراه منه وجعله فى حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قالت الورثة لانقبل ماهم ذلك ويقضون المال والكفيل منه برئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس للورثة فى ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا فى حق الورثة اسقاط محض لانه لادين عليهم حقيقة انما عليهم مجرد المطالبة فاشبه الكفيل ثم فى حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا فى حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول ان الدين قائم وقد أخذ شبها بالاعيان بعد الموت لتعلقه بالتركة فكان أقبل للتمليك فى هذه الحال والملك بهذا التمليك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو أضاف الابراء اليهم تنصيصا واذا وهب الطالب المال الذى عليه للاصيل فأبى أن يقبل كان المال عليه وعليه فضله لان الهبة منه كالهبة من كفيله ولو وهبه من كفيله فأبى ان يقبل كان المال عليه بخلاف مااذا أبرأه فأبى أن يقبل لانه لايعود الدين على الكفيل لانا نجعل ابراءه كابراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا واذا وهب للكفيل وقبله رجع به على الذي عليه الاصل لانه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء والتمليك منه صحيح لانه قابل للملك فى حق مافى ذمة الاصل ولهذا يملكه بالأداء واذا ملكه رجع عليه وكذلك المحتال عليه واذا كانت الكفالة على ان المكفول عنه برئ أو كانت حوالة فوهب الطالب الذى كان عليه الاصل فالهبة باطلة لانه ليس فى ذمته شئ لانتقال الدين الى ذمة غيره وعلى رواية الجامع ينبغى أن يصلح ولو وهب الكفيل الذى عليه للاصيل فهو جائز لانعقاد سبب وجوب الدين له فى الحال فان أدى الكفيل لم يرجع به عليه لانه يقرر ملكه ما فى ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الاداء فان أدى الذى عليه الاصل لم يرجع به على الكفيل لانه تبين أن هبته باطلة لانتقاض سبب وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بالمال فأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأداه وأراد أن يرجع بنصفه على صاحبه وقال انما عنيت باقرارى أنه على لانى كفلت عنك كل حصتك فله أن يرجع عليه بنصفه لانه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الاصالة ولو أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفل عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشئ لانه قد صرح انه أصيل فى كله وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله . ولو أن رجلين كان عليهما خمسون دينار الرجل قرضاً وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد أحدهما على صاحبه أنى معك دخيل فى هذا المال ولو أقر الآخر بذلك ثم ادعي أن المال كله على صاحبه فانه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخيل معى ليس باقرار بشئ لم يكن عليه خاصة دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين فى هذا المال وهذا يقتضي أن يكونا أصيلين فى بعضه فمن ادعى أن كله على صاحبه فقد ناقض فيما أخبر فلا يلتفت الى ذلك وان أقر أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع على صاحبه بشئ لانه نص أنه كفيل أصيل فى الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع كله عليه ولو كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم فى صك باسمه وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون للمال كله فأقر الطالب ان أصل المال على أحدهم وان الآخرين كفيلان عنه ولم يقر بهذه الكفالة التى نسبت اليه فى الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لانه أقر على غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال علىّ وصاحباى منه بريئان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشئ لان زعمه معتبر فى حقه وان أداه صاحباه رجعا بالكل عليه لاقراره انه أصيل فى جميع المال واقراره ملزم اياه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فى صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا كفيل عنه وانه انما قدمه فى الصك لشئ خافه فأدى المقدم فى الصك المال كله فله أن يرجع بذلك على الكفيل مؤاخذا بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك فى حقه كالثابت بالبينة ولو كان أصل المال قرضا فى الصك أو من ثمن بيع ونسبه الى الذى فى صدر الصك ثم أقر الكفيل بهذه المقالة كان اقراره على نفسه أصدق مما فى الصك لان اقراره على نفسه حجة ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة مالم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا تكون مقبولة مع تكذيبه اياهم باقراره فلهذا كان المقبول ما أقر به على نفسه ولو لم يقر الكفيل بهذه المقالة ولكنه أقر انه هو القابض للمال من صاحب الصك أو انه قد اشترى المبيع من صاحب الصك وقبضه وقال الذى عليه الصك وهو الذى اسمه فى أوله أجل أو صدق ثم ادعى المقر له المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لان اقراره بمباشرة سبب التزام المال

يكون اقرارا منه بأنه أصيل فى جميع المال وان صاحبه كفيل به واقراره حجة عليه ولو لم يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لانه بالكفالة قد استوجب المال على المكفول عنه وان كان مؤجلا واقراره بقبض الدين المؤجل صحيح فان أداه المكفول عنه الى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره كثبوته بالبينة أو بالمعاينة فى حقه واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيل عنه لم يصدق واحد منهما على ذلك الا بحجة لانه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما البينة على ما ادعى فان لم يكن له بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانه يدعي على صاحبه مالو أقر به لزمه وأيهما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان أصل المال عليه وان حلفا جميعا ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى كل واحد منهما تنفى عن صاحبه نصيبه وقبل هذه الدعوى اذا كان أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بالنصف لاستوائهما فى الضمان ان قامت البينة من الاصيل أن المال على أحدهما والآخر كفيل ولم يعرفوا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالاصالة منهما مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه لانها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الاصل على أحدهما والآخر كفيل لم يصدق على ذلك لان اقراره ليس بحجة لاحدهما على صاحبه وشهادته فى ذلك لا تكون مقبولة لان المال له فانما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا بذلك لانهما يشهدان لابيهما وهذا اذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد منهما ضامن فان كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابنى الطالب جائزة لانهما لا يثبتان بشهادتهما حق أبيهما وانما يشهدان لأحد الغريمين على الآخر انه هو الاصيل وان صاحبه كفيل فلا تتمكن التهمة فى هذه وكذلك ان كان الغريمان مقرين بالمال لان حق الطالب عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لابيهما وانما تكون لاحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الاصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لانهما يشهدان على أبيهما ولو شهدا أن الاصل على الآخر وان أباهما كفيل به عنه لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرما ويجران اليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا ابراء

(قال رحمه الله) واذا كفل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه فاستحق المبيع من يده برئ الكفيل من المال لان باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبرئ الاصيل من الثمن وبراءة الاصيل منه توجب براءة الكفيل لان الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك على الكفيل وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو باقالة أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد البيع لان الاصيل يبرأ عن الثمن بهذه الاسباب وكذلك المهر يبطل عن الزوج كله بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بعضه بالطلاق ببراءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الاصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب على رأس المال فهو برئ مما كفل به لبراءة الاصيل وليس عليه شئ من رأس المال لانه دين آخر سوى ما كفل به وهو ليس ببدل عن المكفول به وكيف يكون بدلا ووجوب المسلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبدل ما يجب بالسبب الذي وجب به الاصل فلو ضمن المشترى ثمن المشترى لغريم البائع يعني أحال البائع غريما له على المشترى حوالة مقيدة بالثمن أو كفل المشتري لغريم الكفالة البائع كفالة مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لان بانفساخ العقد من الاصل ينتفي الثمن عن المشترى من الاصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو رده المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة عندنا ولا الكفالة لان بما اعترض من الاسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله تبطل الكفالة والحوالة لان البيع ينفسخ من الاصيل بهذه الاسباب ويسقط الثمن عن المشتري وقد كان التزامه مقيدا به (واستشهد في الكتاب بالصرف) فقال لو باعه بالدراهم مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الاسباب رجع على البائع بألف درهم لان صرفها وأصلها صحيح بخلاف ما اذا استحق العبد أو وجد حرا فانه يرجع بالدنانير لانه تبين أن الدراهم لم تكن واجبة من الاصيل وعلى هذا لو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن الكفالة إلا على قول زفر رحمه الله ثم اذا أداها رجع بها على المرأة لانه كفل عنها بأمرها فيستوجب الرجوع عليها عند الاداء الا انه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالمؤدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير انه يرجع عليها بنصف المؤدى لان المقاصة وقعت بالنصف الثاني من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف درهم ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لان هذا ليس بكفالة ولا حوالة في الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل الكتابة من المكاتب ولا فرق في حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبدل وبين أن يطالبه غريم المولى فان أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ الاصل قال وبرئ من الكفالة لانه كان بمنزلة التوكيل وباعتاق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة حتى لا يطالبه المولى بشئ منه فكذلك وكيله ووجه الرواية الاخرى أن الغريم كان يطالبه بدينه قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعتاق المكاتب وانما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم توجه المطالبة للغريم على المكاتب بالتزامه فأما المطلوب في حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا يبقى التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينفي بقاءه بطريق الاولى ثم اذا أدى رجع على المولى لانه قبل العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق وكذلك لو مات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لان البراءة عن بدل الكتابة تحصل بهذا السبب كما تحصل باعتاق المولى اياه ولو كفل عبد عن مولاه بألف درهم بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولي فأما بعد العتق فانه يطالبه بذلك المال لانه كان مطالبا في حال رقه بالعتق وهو لا يزيده الا وكادة ولان المولى شغله به حين أمره بالكفالة عنه فهو بمنزلة ما لو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وان أدى من كسب هو خالص حقه لان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة لرجوع الكفيل على الاصيل فلا يصير موجبا للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فان هناك أصل الكفالة كانت موجبة لرجوع المكاتب على المولى عند الاداء لان المكاتب يستوجب على مولاه دينا الا أنه كانت تقع المقاصة ببدل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجبا لرجوع العبد على المولى فان العبد لا يستوجب على مولاه دينا ولو ان رجلا له على رجل الف درهم فأمره ان يضمنها الغريم له ثم ان الآمر وهبها للكفيل أو ابرأه منها لم يجز ذلك وكان للمكفول له ان يأخذه بالمال لان الكفالة أو الحوالة المقيدة قد اشتغلت بما للآمر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الآمر من التصرف فيه بمنزلة الراهن اذا تصرف في المرهون بالهبة أو البيع من انسان فانه لا ينفذ لحق

للمرتهن ولو مات الآمر وعليه دين ولم يقبض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين سائر غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن يكون للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لانه صار كالمرهون به ولان سائر الغرماء يثبت حقهم من جهة الاصل وقد كان مقدما على الأصل في هذا المال في حياته * ووجه الاستحسان ان المكفول له لم يصر أحق بغرم هذا المال حتى لو برئ مما في ذمة الكفيل لم يبطل حق المكفول له ولا يكون أحق بالغنم وبه فارق الرهن فقد صار المرتهن أحق بغرم الرهن هناك * يوضحه ان يد الاستيفاء ثبتت للمرتهن بقبض الرهن وعلى ذلك ينبني اختصاصه به دون سائر الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما في ذمة الكفيل بل هو مال الاصيل فيقسم بعد موته بين غرمائه بالحصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البينة أن هذا المال له وانه أمر فلانا فباع المبيع الذي هذا المال ثمنه لم يكن له ان يبطل الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفي قول أبي يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع ان الوكيل بالبيع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد لنفسه ويضمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة النائب لا ينفذ من تصرفه الا مايرجع الى القبض ولو كان المال الى أجل وبه كفيل فان مات الاصيل فقد حل المال عليه ولا يحل على الكفيل حتى يمضي الاجل لان الاصيل استغنى بموته عن الاجل والكفيل محتاج اليه وحلوله على الاصيل لا يمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على الاصيل مؤجلا الى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستغناء عن الاجل ويؤخذ من تركته في الحال ثم لا يرجع ورثته على الأصيل قبل أن يحل الاجل عندنا وقال زفر رحمه الله يرجعون على الاصيل في الحال لانهم أدوا دينا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعا بحكم الكفالة عنه بأمره فيرجعون اليه وهذا لان الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الاصيل فيستوجب الرجوع به عليه في الحال الا اذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل الاجل ولم يوجد اذا كان سقوط الاجل حكما لموته ولكنا نقول بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل مؤجلا والاصيل باق منتفع بالاجل فكما بقي المال مؤجلا في حق الطالب بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الاجل فانه لا يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط

بعضهم كفلاء عن بعض بالمال وهو حال من ثمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء الى سنة فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة مالو كان أحدهم كفل به مؤجلا في الابتداء فان المال يكون حالا على الباقين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال وابراء أحد الكفلاء لا يوجب البراءة للباقين كما لا يوجب براءة الاصيل فكذلك التأخير عن أحد الكفلاء الى سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوي به في غرم الكفالة كما هو مساوله في الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ الذي أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت في حقه فكما لا تتوجه مطالبة الطالب عليه بشئ لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فاذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف بيما جميعا ذلك الكفيل بالثلث لانه كان مساويا لهما في الكفالة وقد كان المانع لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستووا في غرم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الاصيل سنة كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الاصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل اولو كان أخر كفيلا منهم شهرا وآخر شهرين وآخر ثلاثة أشهر كان جائزا على ماسمي فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذي عليه الاصل بعد هذا سنة كان المال عليهم الى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل في حق الاصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر في السنة فهذا مثله وان كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل في حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالابراء وابراء الاصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على الكفيل لان التأجيل في حق الاصيل يجعل في حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك اذا أجل الاصيل وهذا لان التأجيل لا يوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أو الاصيل واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الطالب وهب المال لواحد منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كان لان الهبة من الكفيل تمليك فيرتد برد الكفيل كما

يرتد برد الاصيل اذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة مالو وهبه
تملكه بالاداء فان شاء رجع على الاصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه بالثلثين ان
وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة مالو أدى المال فان كان الموهوب
له غائبا فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم شاء ولما
بينا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التمليك فان ضمنه معنى التمليك يرتد برده مادام حيا ولكونه
اسقاطا يتم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقبوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون على
أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكفلاء فقبلا جاز ورجعا به على الاصيل وان شاآ
رجعا على الكفيل الثالث بالثلث بمنزلة مالو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشئ
من أجل ان كل واحد منهما صار متملكا خمسمائة وهما يستويان فى ذلك وان أخذا الكفيل
الثالث فأدى اليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الغارم أن يرجع على أحدهما بنصف ماأدى
الى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما متملك للثلث فيكون بمنزلة مالو أدوا جميعا المال
الى الطالب وانما يتبعون الاصل بالألف كلها فاذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث
المقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهذين الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى الآخر
أن يقبل فللذى قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لانه تملكه نصف المال
بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فان شاء رجع على الكفيلين معا بثلثى ذلك النصف وان شاء
على أحدهما بنصف ذلك الثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أى الكفلاء شاء وان شاء
رجع على الاصيل لان الهبة بطلت فى هذا النصف برد الموهوب له فعاد الحكم كما كان قبل الهبة
فان قبض الطالب من الذى عليه الاصل شيئا فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب
له بما بقى من ذلك لان النصف الباقى ماوهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب
نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بثلثى ذلك
النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشئ من ذلك لانه لو كان له حق الاتباع بعد الاداء
كان له أن يمنع ذلك منه فى الابتداء ولكن لو أديا الى الطالب خمسمائة كان للموهوب له أن
يرجع عليهما بثلث خمسمائة أخرى فيرجع عليهما بتلك الخمسمائة حتى يكون الاداء عليهم اثلاثا
وكذلك الصدقة والنحلة والعطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على
على أحد بشئ لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس تملك شئ منه والله تعالى أعلم

باب الحلف فى الكفالة

(قال رحمه الله) واذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئا فضمن له بنفس أومال فهو
حانث لانه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شئ مضمون له وقد وجد
ذلك وكذلك لو كفل أو قبل الحوالة له وقال فى الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمان
عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئا بأمره فهذا ليس بضمان وانما هذا التزام لعقد الشراء
وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفا وفى الايمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبده أو مضاربه
أو شريك له مفاوض أو عنان لم يحنث لان الضمان وقع لغيره فان المضمون ماتجب به المطالبة
قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فاما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة
فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول انما يعتبران ممن
ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورثه المحلوف عليه لم يحنث وان
صار الضمان له فى الانتهاء لان الاصل كان لغيره وانما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافة
عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئا فضمن انسان ما أدركه من درك فى دار اشتراها
أو عبد حنث لانه قد ضمن للمشترى (ألا ترى) انه يسمى فى الناس ضامنا من كان ضامنا
للدرك وهو بمنزلة مالو قال ان لم يوفك فلان مالك اذا حل أو ان مات فلان قبل ان يوفيك
فهو على أوفانا له ضامن فانه يكون ضامنا له ويكون حانثا فى يمينه وان كانت المطالبة متأخرة
عنه الى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامنا فى الحال فكذلك فى الدرك
ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث
فى قول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على ماسبق أن الكفالة للغائب اذا لم يقبل عنه أحد
باطل فى قولهما فلا يحنث فى يمينه وهو صحيح فى قول أبى يوسف رحمه الله والضمان لازم
للكفيل فيكون حانثا فى يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث فى قولهم جميعا لان الضمان
صحيح فى حق الضامن وان كان للمضمون له الخيار اذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن يرده
فيتم به شرط الحنث فى حقه ولو ضمن لصبى لان أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو بمنزلة
مالو ضمن الغائب فيتم فى حقه اذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه يحلف انه
لا يضمن شيئا فضمن فهو حانث لان يمين المحجور عليه ينعقد لكونه مخاطبا والالتزام
بالضمان صحيح فى حقه وان كان المال يتأخر عنه الى مابعد العتق لحق مولاه فهو بمنزلة مالو

ضمن الغائب وعنه مخاطب أو ضمن لانسان بعد ماحلف وهو مفلس ولو حلف لايكفل بفلان أو لا يضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان اذا أطلقت فانما يفهم منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ في اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس في مخاطباتهم فان عنى المال كان ذلك على ماعنى لانه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس في كتاب والله أعلم

باب الكفالة بما لايجوز

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص حتى لايؤاخذ الكفيل بشئ من القصاص ولا من الارش لان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى النيابة في ايفائه والقصاص عقوبة لاتجرى النيابة في ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والارش لم يكن واجبا على الاصيل بالفعل الذى هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا وكذلك الكفالة بحد القذف باطلة لانه عقوبة لاتجرى النيابة في ايفائها ولان المغلب فيه حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشئ من الامانات لانها غير مضمونة على الاصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وانما يلتزم الكفيل المطالبة بما هو مضمون الايفاء على الاصيل فاذا استهلكها بعد ذلك من هى في يده أو خالف فيها لم يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمان انما لزم الاصيل بسبب حادث بعد الكفالة وهو ما أضاف الكفالة الى ذلك السبب وكذلك في القصاص لو صالح الطالب المطلوب على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شئ لانه وجب بعقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت اليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الاشياء فكذلك الرهن لان جواز الرهن يختص بما يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن الرهن باطل لان عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الامانة لا تصح كالوديعة والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى بمملوكة وهو في بيت مولاه أو قد أبق عنه باطلة لانه غير مضمون للمولى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولي عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا الي قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وكذلك من يشبهه

من الصناع لان العين عنده أمانة في يد الاجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم يضمن وأما في قول من يضمن الاجير المشترك ماهلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لان العين عندهما مضمونة في يد القابض بنفسها وهو بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فتصح الكفالة به ولو كفل بعبد رجل ان هو أبق من مولاه فهو باطل لانه ماأضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان فالاباق ليس بسبب يوجب ضمانا للمولى على عبده وكذلك لو كفل بدابته ان انفلتت منه أو بشئ من ماله ان تلف لان الكفيل يلتزم مطالبة هى على الاصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا وديعة على أن هذا كفيل بها ان أكلها أو جحدها فهو جائز على ماشرط لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذى تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لانه أضاف الكفالة بالمال الى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال ان قتلك فلان خطأ فانا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن ارشه لانه أضاف الكفالة بالارش الى سبب موجب له وهو مما تجرى النيابة في ايفائه ولو قال ان أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا باطل لانه ماأضاف الضمان الى سبب موجب له ولو قال ان غصبك انسان فأنا ضامن له فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لانه عم ومعناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوما لزمه ذلك لان المكفول عنه معلوم ولو دفع ثوبا الى قصار يقصره بأجرة وكفل به رجل ان أفسده كان جائزا لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة الي سبب موجب الضمان فصحت الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا في نفس أو دونها أو حدا في قذف وسأل القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفسه وقال بينتى حاضرة لم يجبه القاضي الى ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجيبه الى ذلك لان تسليم النفس مستحق على الاصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال وهذا لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل انما يلتزم مايقدر على ايفائه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر على اعطاء الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرأ بالشبهات فلا ينبغى للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع الى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له ازمه ما بينك و بين قيامى فان أحضر البينة قبل أن يقوم القاضي والا خلي سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضي فان القاضي يحبسه فى السجن حتى يسأل الشهود لانه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطرى الشهادة والحبس مشروع فى حق مثله (ألا ترى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتى بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع فى حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبسه قبل تمام الحجة الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما فى دعوى المال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال بينتي حاضرة فانه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعي مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكنى أريد أن أقيم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لان الحد يجب لله تعالى وهو ينبنى على الدرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذى شهد عليه بالزنا حد القذف فقال الشاهد عندى بذلك أربعة شهداء أجل فيه الى قيام القاضي ليظهر عجزه بهذا الامهال عن اقامة أربعة من الشهداء فان لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يخل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع الى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه الى قيام القاضي مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان المشهود عليه عبد فالقول قوله لان ثبوت حريته بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضي ان يأخذ له منه كفيلا حتى يحضر البينة انه حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لاقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك باشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو أقام رجل عليه البينة بالرق فزعم ان له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليتمكن من اثبات حريته بالبينة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بعينها فى يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتى يزكى الشهود لان في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاقا لاقامة الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدى عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال اذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضي أن يضعه علي يدى عدل بعد اقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له واذا ادعي عبد علي حر قذفا وأراد أن يعذر له أو ادعي رجل قبل رجل مسئلة فيها تعزير وقال بينتي حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بحد وانما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندرئ بالشبهات التى هى فى معني البدل بمنزلة الاموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزوج حر أو عبد لم يؤخذ منه كفيل في قول أبى حنيفة رحمه الله لان اللعان فى قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد فى قذف الاجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيل ولم يترك ان يلزمه لان الابن لا يستوجب على والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس فى دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة فى دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أو جده أو جدته وكذلك لو ادعي عبد ان مولاه قذف أمه وهى حرة مسلمة لان حقوق الملك فى اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أو نفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد الا بمحضر من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بملازمهما الى أن يقوم القاضي في قول أبى حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحضر من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولي وفى قول محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذى قال فى الكتاب ان قول محمد رحمه الله مثل قول أبى حنيفة رحمه الله انما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فقوله كقول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين احداهما ما بينا من اخذ الكفيل بنفس المدعى قبله حد القذف والاخرى ما تقدم بيانه في الآبق أن حد القذف بالبينة لا يقام على العبد الا بمحضر من مولاه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبى يوسف رحمه الله يقام عليه وان لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين بنفس

المولى لانه لاحاجة الى حضوره فى اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل اقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المال عنده فى حكم الكفالة بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك الا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد على العبد عنده وعند أبي حنيفة رحمه الله فى دعوى حد القذف لايجبر على اعطاء الكفيل بالنفس قبل اقامة البينة ولكن يصار فيه الى الملازمة ولا بد من حضرة المولى عنده لاقامة البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد اقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر اذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد ولا سبيل الى حبسه لانه ما ارتكب حراما فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لانه ليس فى أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحد عليه اذ لاحد على المولى ولو ادعى رجل على رجل حدا فى قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لانه لامدخل لهذا النوع من الحجة فى حد أو قصاص ولو كان هذا فى سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت بهذه الحجة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لاقصاص فيها لا فى دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فاذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فانهما يحبسان فى اقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فانهما فاسقان ولانهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما فى مثله فانما يبقى فى حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعي بينة حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لانه لاقصاص فى هذه الدعوى وانما انهاء المال بشيء واحد منهما على من بينته عليه فى دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثاني ولا تقبل بينة عليه لوجود التناقض منه فى الدعوى فان أقر الثاني بذلك قضى عليه لانه مناقض صدق خصمه فى ذلك الا انه لا يقضى عليه بالقصاص لان ما تقدم من الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة فى حق القصاص

دون المال وهذا مشكل فان تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو تناقضه فى الدعوى وفى مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتلت وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضى بالمال وكل ما لا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ فى حكم الكفالة حتى اذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وانما الدعوى فيه دعوى المال ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى بالدية ولا حبس على القاتل فى ذلك ولا كفالة لان الخاطئ معذور والخطأ موضوع رحمة من الشرع علينا فالخاطئ لا يستوجب التعزير الا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان فى حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يمنى رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منه كفيل بنفسه من قبل ان كل واحد منهما يدعي القصاص (ألا ترى) أن أحدهما اذا أقام البينة قضى له بالقصاص واذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى اذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه الا انهما اذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بارش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما واذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعي أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه فى المال وفى دعوى المال تجري الكفالة بالنفس واذا ادعى رجل قبل رجل شتمة فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفى دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة فى هذه الدعوى (ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضي أن يحبسه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في الحدود والقصاص الى أن على قولهما بعد اقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل ان كان أخذه منه (تأويله) بعد ظهور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بحبسه عندهما على ما فسره فى دعوى الحد على العبد وان كان المدعى عليه الشتمة رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره اذا كان ذلك أول مرة لان احضاره مجلس القاضي فيه نوع تعزير فى حقه فيكتفى به فى أول مرة ويؤخذ بما رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا في الحد واذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب المكفول به وقدم الطالب الكفيل الى القاضي فانه يحبسه حتى يجيء به لانه التزم تسليم نفسه فيحبس لايفاء ماالتزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بينة حاضرة أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فان أقام على ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أوشاهدين على شهادة شاهدين عزر به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب الحدود أنه لايبلغ بالتعزير أربعين سوطا فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبي يوسف رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا اذا كان فى أمر متفاحش وتعزير العبد فى مثل ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الاربعين حد فى حق العبد وقد قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أوقبل أخيه يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمى يدعى الشتمة قبل المسلم أو الذمى أوالعبد يدعيها قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهى جائزة فى قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله واذا كان الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا وان ترك شيئا ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل بقدر ماترك الميت فى قوله وفى قولهما يلزمه جميع ما كفل به وحجتهم فى ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار ليصلى عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما على يارسول الله وفى رواية قال ذلك علي كرم الله وجهه فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبى أمية عن رجل من الانصار انه قال لاصحابه من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فانى شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجنازة رجل من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتى عليه وهو فى قبره مرتهن بدينه ثم قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه قمت فصليت عليه فهذا تنصيص على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه انه كفل بدين واجب فيصح كما فى حال حياة المديون وهذا لان الدين كان واجبا عليه فى حال حياته فلا يسقط الا بايفاء أو ابراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك (ألا ترى) انه مؤاخذ به فى الآخرة مطلوب به ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع الا انه تعذرت مطالبته به فى الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوبا فى نفسه كما لو أفلس فى حال الحياة وكالعبد اذا أقر على نفسه بدين ثم كفل عنه كفيل به صح وان كان هو لا يطالبه فى حال رقه لان الحق مطلوب فى نفسه وهذا لان ذمته باقية بعد الموت حكما لانها كرامة اختص بها الآدمى وبموته لا يخرج من أن يكون محترما مستحقا لكرامات بنى آدم (ألا ترى) أنه لو مات مليا بقى الدين ببقاء ذمته حكما لا للانتقال الى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وانما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقى الرهن على حاله وان كان مات عن افلاس بأن كان الرهن مستعارا من انسان وبقاء الرهن لا يكون الا باعتبار بقاء الدين ولو قتل عمدا وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذى عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكما لما صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فانها غير مطلوبة في الحكم فى الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوبا فى نفسه علي الاطلاق وهناك الحق مطلوب فى نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوبا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وانما تصح الكفالة بالقائم مثلا من الدين دون التاوى وبيان ذلك هو انه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فان الذمة عبارة عن العهد ومنه يقال أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات الله عليه قال تعالى وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتمامه بالالزام المذكور فى قوله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت فخرج من أن يكون أهلا لالتزام شيء من الحقوق فى أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلا للحق ولكنه فى أحكام الآخرة معد للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة فى أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة

فى أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما فى ديون الله جلت قدرته والدليل عليه أن الذمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى فى أحكام الدنيا أيضا والكفيل انما يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل الدين فى ذمته ولم يبق فى ذمة الاصيل شئ فى أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين فى حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وان كان لا يحبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس فى حال الحياة فان ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقى الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وان ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما اذا مات مليا فالمال هناك خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الاصل قائما حكما وهنا لم يبق خلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا يجعل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما اذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقى الكفيل فى الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر واذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة فى الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى والحديث المروى في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبى قتادة أو على رضى الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فى الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى عليه لهذا (ألا ترى) انه ماروى انه كان يقول لعلي رضى الله عنه بعد ذلك ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء وبه يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا ندبهم الى الضمان عنه ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لاجماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس والاستدلال بالمنسوخ لا يقوى والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي فى الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كتب القاضى الى القاضى فى كفالة بنفس رجل كفل به بأمره فأراد أن يقبل معه حتى يوافيه به فأقام على كتاب القاضى شاهدى عدل وكتب انه قد قامت عنده البينة العادلة انه كفل بنفسه بأمره فان القاضى يأمره بالخروج معه حتى يوفى مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لان الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب القاضى الى القاضى ثم الثابت بالبينة عند القاضى المكتوب اليه كالثابت باقرار الخصم ولو أقر الخصم بذلك فى الذمة بالخروج معه لانه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة حين أمر أن يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما يلزمه به فان كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضى البصرة الى قاضى الكوفة بذلك فانه يؤمر أن يوافيه حتى يبرئه من ذلك لانه انما يلزمه تسليمه فى الموضع الذى التزم التسليم فيه ولا يقدر على ذلك الا بموافاة الآمر معه الى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة على أن يوافى به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فانه يأمره القاضى أن يوافى معه بالبصرة حتى يبرئه لما قلنا ولو كفل بنفسه بالكوفة على أن يدفعه بالكوفة وأخذه الطالب بالبصرة فطلب كتاب قاضى البصرة الى قاضى الكوفة بذلك ليأمره بأن يوافى معه البصرة لم يجبه الى ذلك ولو كتب له يجبر قاضى الكوفة المكفول به على الذهاب معه الى البصرة لان مطالبة الطالب بالبصرة لا تلزم الكفيل شيئا فانه ما التزم تسليمه اليه بالبصرة ولو طلب الكفيل كتاب قاضى البصرة ببينة بالكفالة بأمره فانه يكتب له بذلك حتى اذا قدم الكوفة وطالب الطالب بالتسليم فامتنع الاصيل وجحد الآمر بالكفالة كان كتاب قاضى البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضى الى القاضي كتابا فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كفالته انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر انه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزمه باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره واذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران فى بلدين

وصاحب الاصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضى وسأله أن يكتب له به فانه يكتب له ثلاثة كتب الى كل بلد بنسخة الكفالة وحالها وأداء المال لانه يحتاج الى ذلك كله فربما تقصد أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه مايكون حجة له عليه الا أنه يكتب الى كل قاض بما كتب به الى القاضى الآخر على سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي ويأخذ مالا على حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى فى كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم لان هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معى نصف المال أو من الاصيل المال فعليه البينة لان الاصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك اذا ادعى ذلك الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذى أخذه ظاهر وهو يدعي مانعا أو مسقطا فعليه اثباته بالبينة فان لم يكن له بينة حلف الذي ادعى المال وأخذ منه نصفه واذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض الى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان القاضي الذي أتاه بالكتاب يكتب له الى قاض آخر بما أتاه من قاضى كذا لان على المكتوب اليه أن ينظر له ويتبصه على ما يتوصل به الى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده قد ثبت فى مجلس القاضى المكتوب اليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة فى مجلسه فعليه أن يكتب له الى قاضى البلدة التى فيها خصمه وان رجع القاضى الذى كتب له أول مرة فقال اكتب لى كتابا آخر فانى لم أجد خصمى فى البلد الذى كتب الى قاضيه لم يكتب له حتى يرد اليه كتابه الاول نظرا منه لخصمه لان من الجائز أن يقصد المدعى التلبيس ليأخذ مالا بكل كتاب وانما حقه فى مال واحد وان كتب له قبل أن يرد اليه كتابه فقد أساء فى ترك النظر لاى الخصمين وميله الى أحدهما وتمكينه من التلبيس وليبين فى كتابه أنه قد كتب له فى هذه النسخة الى قاضى كذا وكذا فبهذا يندفع بعض التلبيس ويحصل للقاضي الكاتب التحرز عن التمكين من الظلم واذا كتب للقاضى بمال أداه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به الكفيل الاول للثانى اذا كان هو الذى أمره به ولا يؤخذ به الذى عليه الاصل ولم يأمره بالكفالة عنه وانما أمره الكفيل الاول والتخليص انما يجب على من أوقعه بأمره اياه بالكفالة فى الورطة فان كان الاصل هو الذى أمر الثانى أن يضمن من لم يأمره بشئ وأصل المال على الاصيل فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله واذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب فى كتابه انه كفل بأمره فان الذى أتاه الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الاصيل لو أقر بكفالته عنه وجحد أن يكون أمره بذلك لم يكن له أن يرجع عليه بشئ فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان جاء الكفيل بكتاب من قاض آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة مالو أقر الخصم بذلك أو شهد عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة واليمين فى الحوالة والكفالة

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان فاختلفا فى الوقت أو فى البلد الذى وقعت الكفالة فيه أو فى الاجل بأن قال أحدهما الى شهر وقال الآخر الى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر الى شهر فالكفالة لازمة فى ذلك كله لانه قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافهما فى هذه الاشياء ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لا نعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو جائز لانهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل ماثبت من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره فيقضى القاضى به ويأمره أن يأتى به على معرفتهما ولو قالا لا نعرف وجهه أيضا فانه يؤخذ بالكفالة بمنزلة مالو أقر عند القاضى بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أى رجل أتيت به وقلت هو هذا وحلفت عليه فأنت برئ من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فالقول فى بيانه قول المقر بمنزلة مالو أقر أنه غصب من فلان شيئا أو شهد الشهود على اقراره بذلك ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس رجلين فأقام شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلفا فى الآخر فأثبته أحدهما وشك الآخر فيه فانه يؤخذ بالكفالة التى اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفى الآخر لم تتم الحجة حين شك فيه أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر . ولو شهد رجلان على رجل انه كفل لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لانهما يشهدان بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما فى حق أبيهما فتبطل فى حق الآخر أيضا اذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو اقرار الخصم فان اختلفا فى الوقت أو المكان أو الاجل فشهادتهما جائزة اذا ادعى الطالب أقرب الاجلين فان ادعى أبعد الاجلين لم تقبل الشهادة لانه قد أكذب الذى شهد باقرارهما حين ادعى الابعد وانما أكذبه فيما شهد له به واكذاب المدعي شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الاول فهناك انما أكذب الشاهد بأبعد الاجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة مالو ادعى ألفا وشهد له أحد الشاهدين بألف وخمسمائة لاتقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف قبلت شهادتهما على مقدار الالف لهذا المعنى ولو اختلفا فى المال فشهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير لم تجز شهادتهما فى شيء من ذلك اذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف الآخر لانه أكذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما فى جميع ماشهدا به وان ادعى النصفين جميعا جازت شهادتهما فى الكفالة بالنفس وبطلت فى المال لانه ما كذب واحدا منهما فيقضي بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتعذر القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا فى المال انه ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لى على القرض فقد أكذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له فى شيء من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف قرض وألف ثمن مبيع فهو ما أكذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له فى الكفالة بالنفس وفى ألف درهم لاتفاقهما على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لانهما اختلفا ولم يختلفا بقلة ولان الجهة غير مطلوبة بعينها وانما المقصود المال بخلاف الاول فقد اختلفا هنا فى جنس المال الذى هو مقصود وان كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الى أنفسهما مغنما فان الطالب اذا أخذ المال من المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لاتجوز شهادة ولدهما ووالدهما لانه ينفعهما بشهادته وكذلك لا تجوز شهادة ابن الاصيل على الكفيل بذلك لانه ينفع أباه فان الطالب اذا استوفى المال من الكفيل برئ الاصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل اذا أقر به الكفيل وأنكره الاصيل لانه شهد لأبيه فى ثبوت حق الرجوع على الاصيل عند الاداء وان جحد الكفيل وأقر به الاصيل جازت شهادة ابن الكفيل لانه يشهد على أبيه للطالب بالزام المال واذا ادعى رجل على رجل انه كفل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به ينكران

المال والامر فقضى القاضى بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به فأخذ المال وأداه رجع به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لايرجع لانه أقر عند القاضى أنه أمره بالكفالة عنه بشيء واقراره حجة عليه ولانه بزعمه مظلوم فيما أخذ منه المال وليس للمظلوم أن يظلم غيره ولكنا نقول القاضي أكذبه فى اقراره وزعمه حين ألزمه المال بشهادة الشهود والمقر متى صار مكذبا فى اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري اذا كان أقر بالملك لبائعه فاستحق المبيع من يده بالبينة رجع على بائعه بالثمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل بالكفالة بالنفس والمال وقال لم يأمرنى بذلك فقضى عليه القاضى بذلك ثم جاء الكفيل بالبينة أن المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى دعواه حين أقر انه لم يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضى انما قضى عليه بالكفالة بالمال باقراره على نفسه بذلك واقراره ليس بحجة على الاصيل بخلاف الاول فالقضاء هناك كان بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والاصيل جميعا واذا كفل بنفسه بامره فان لم يواف به غدا فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصدق الا ببينة لانه ادعى مانعا أو مسقطا بعد ماظهر سبب وجوب المال عليه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك برئ من الكفالة بالنفس والمال جميعا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويستوى ان شهدا على الموافاة أو على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا فى مكان اقراره أو وقته جازت الشهادة لان الاقرار قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه اليه غدوة بمحضر منه بغير اقراره وشهد الآخر انه دفعه اليه عشية بمحضر منه بغير اقرار والمدعي يدعي أحدهما أو كلاهما وقال دفعته اليه غدوة أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما فى المشهود به فان الفعل الموجود فى مكان أو زمان غير الفعل الموجود فى مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل اليه وأن المال قد لزمه والشهود شهدوا بباطل وقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لاكذابه الشاهدين فيما شهدا به له ولا يرجع به اذا أداه على المكفول عنه لانه قد أقر به فلزمه ذلك باقراره بعد ماظهرت حجة براءته واقراره ليس بحجة على الاصيل واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المال فشهد عليه شاهد بذلك معاينة وآخر باقراره والكفيل يجحد ذلك لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفى مثله اختلاف الشاهدين فى الاقرار والانشاء لا يضر كالبيع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا فى اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هى لي وقال الآخر هى علىّ فالشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والالفاظ قوالب المعانى فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة وان قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له على أن ابرأ الاول أو لم يذكر البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فانه يأخذ المحتال عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة وان اختلفا فى العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما اذا شهد أحدهما بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لان في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضى بما اتفقا عليه والاصيل برىء باقرار الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة وقال لم أحل عليه فانه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان والطالب ما أكذب الذى شهد له بالحوالة فى شهادته له وانما أكذبه فى شهادته عليه وهو براءة الاصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه أو أنه ابرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) انه لو شهد شاهدان انه كفل له بالمال على أن ابرأ الاول والطالب يقول لم ابرئ الاول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة وابرأت الاصيل اذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما فى الشهادة على البراءة يشهدان على الطالب لا له وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب انما كفل لى فهو ما أكذبهما فيما شهدا له من ضمان المال . ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما الى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه فى الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وانما أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالاجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه الله يخالفنا فى جميع هذه الفصول وانه لا يفصل بين الاكذاب فيما شهد به له أو عليه ولو ادعى رجل قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان فشهد أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فان الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف لان كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على أحدهما ولو شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن يأخذهما جميعا بالمال لان الحجة قد تمت فى حق كل واحد منهما فى حق أحدهما لشهادة الاولين

وفى حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الاولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخران على كفيل الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت فى حق كل واحد منهما بالتزامه جميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الاول وشهد له آخران على الآخر بالمال الى أجل على مثل شهادة الاول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال الى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعاينة وكذلك ان اختلف الفريقان فى مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر واذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قد سماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالا رأيناه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لانهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم اذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه الا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك اذا جحد لان البينة الاولى ليست بحجة على الاصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى اليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف اعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحوالة بالمال الذى هو على الاصيل وانما يتحول الى ذمته ما كان فى ذمة الاصيل على أن يكون هو خلفا عن الاصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال الى الاصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحوالة بالامر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الاصيل أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحلته بها علىّ وأديتها اليه قضيت بها له عليه وهو قضاء على الطالب بالاستيفاء لانه ادعى لنفسه المال على الاصيل ولا يتوصل الى ذلك الا باثبات الاداء الى الطالب ولا يتوصل الاصيل الى دفع ذلك عن نفسه الا بانكار قبض الطالب بالاستيفاء فلا يلتفت الى جحوده بعد ذلك اذا حضر والكفالة فى هذا قياس الحوالة ولو ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استحلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برئ ورجع المدعى على صاحب الاصيل بالمال وهذا ظاهر فى الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الاصيل وكذلك فى الحوالة لان

الاصيل انما يبرأ اذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولانه حين جحد وحلف قد تحقق التوى وذلك يوجب عود المال الى الاصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن اليمين وأدى المال رجع على الاصيل ان كان مقرا أو قامت بينة عليه بالامر وجحود المحتال عليه لا يبطل تلك الحوالة لانه صار مكذبا فى ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله هنا بمنزلة اقراره بل جعله بمنزلة البينة لانه مضطر الى هذا النكول وانما لحقته هذه الضرورة فى عمل باشره لغيره فهو نظير الوكيل بالبيع اذا نكل عن اليمين فى دعوى العيب فرد عليه كان ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه ببينة قامت عليه بذلك وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الاصل جاحد للامر فانه يرجع عليه بالمال لانه صار مكذبا شرعا بالبينة التى قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله أن يستحلف الاصيل بالله ما أمره بذلك لما بينا انه مضطر الى النكول الا أن نكوله ليس بحجة على الاصيل في الأمر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال الكفيل لم أكفل له بشئ وقد أبرأني من هذه الدعوى فاستحلفه ما أبرأني وقال الطالب بل استحلفه ما كفل به لي فاني استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضي انما يشتغل بالاستحلاف على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما فى الحال فيحلف على ذلك فان حلف برئ وان نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله ما أبرأه لان الكفيل يدعى عليه البراءة فيحلف على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برئ الكفيل من كفالته كما لو أقر ببراءته وان ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لانه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما اذا ادعى الدفع اليه فانه استحلاف على فعل نفسه فيكون على البتات ولو ادعى رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامى حتى كفلت لي بفلان وجحد الكفيل ذلك فانه يحلف على ذلك لانه لو أقر به لزمه تسليم النفس اليه وان كانت الكفالة له بحضرة غلامه دونه فان أنكر يستحلف عليه لرجاء النكول واذا طلب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولكنه يحلف بالله ماله قبلك هذه الكفالة لان الانسان قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالته بسبب فلو حلفه القاضي ما كفل يضر به لانه لا يمكنه أن يحلف وان كان هو محقا فى انكاره الكفالة فى الحال والقاضي مأمور بالنظر للخصمين فلهذا يحلفه بالله ماله قبلك هذه الكفالة وكذلك هذا فى كل دين ومال وديعة وعارية وشراء واجارة

فانه لا يحلف ما اشتريت ولا استودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله ماله قبلك ما ادعي به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا اذا عرض المدعي عليه فقال أيها القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شئ فأما اذا لم يشتغل بهذا التعريض فانه يحلف بالله ما كفلت لانه انما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على ذلك فاذا عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته الى ذلك وان لم يعرض فهو الذى لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحلفه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا التعريض لا يهتدى اليه كل خصم وعلى القاضي أن يصون قضاء نفسه عن الجور ونفسه عن الظلم فيحلفه على ما بينا عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضي حلف الطالب ان له قبلي هذه الكفالة فانى أرد عليه اليمين فانه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين على المنكر فاذا رددت اليمين على المدعى فقد خالفت الأثر وقد بينا هذا فى الدعوى ولو جاء الطالب بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم أستحلفه على ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعي فاذا جعلت عليه مع البينة يمينا فقد جعلت ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافاة

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل فان لم يواف به ادى ما ادعيا به عليه فعليه مالهما عليه وسمى لكل انسان منهما الذى له عليه وهو مختلف فهو جائز لانه نجز الكفالة بالنفس لكل واحد منهما وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة اذا دعياه وذلك صحيح فى حق كل واحد منهما عند الانفراد فى حقهما فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله عليه لوجود الشرط فى حقه ولم يلزمه مال الآخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا فى المعنى ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل واحد منهما بموافاته به اذا دعياه لانه لو كان هذا تعليقا بالشرط لم يجب شئ من المال بوجود بعض الشرط واذا دعاه أحدهما فلم يوافه به فالموجود بعض الشرط وقال يلزمه المال عرفنا انه انما يلزمه لان الموافاة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد منهما وقال ان وافيتكما بنفسه اذا دعوتماني به فأنا برئ من المال فهو مثل الاول وتقديم

المدونة الكبرى

لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي

رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي
عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقي
رضي الله تعالى عنهم أجمعين

﴿ أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل ﴾

﴿ تنبيه ﴾

لا يجوز لاحد أن يطبع المدونة الكبرى أو بعضها تكملة لما حصل عليه منها على نسخة من النسخ التى طبعت على نفقتنا وكل من تعدى على ذلك يكون مسؤلا أمام القضاء حيث اننا لم نحصل على أصول هذه النسخة الا بعد تحمل المشقات الزائدة وتكبد المصاريف الباهظة واضاعة الاوقات النفيسة وقد سجلناها رسمياً بالمحاكم المختلطة فكل من يتجارى على الطبع من هذه النسخه يدلى عن الاصول التى طبع منها ويكلف بابرازها فى محل الاقتضاء والله المستعان

محمد ساسى المغربي
التونسي

طبعت بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٣ هجريه

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ الحمد لله وحده ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد النبي الامي وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب الكفالة والحمالة ﴾

﴿ في الحميل بالوجه يغرم المال ﴾

﴿ قلت ﴾ لعبد الرحمن بن القاسم أرأيت ان تكفل رجل بوجه رجل أيكون هذا كفيلا بالمال أم لا في قول مالك (قال) قال مالك من تكفل بوجه رجل الى رجل فان لم يأت به غرم المال ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل له بوجهه الي أجل فمضى الاجل ورفعه الى السلطان أيغرمه أم لا في قول مالك (قال) قال مالك يتلوم له السلطان فان أتى به والا أغرمه المال ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت لرجل بوجه رجل الى أجل فغاب لما حل الاجل (قال) ان كان سافر سفراً بعيداً غرم وان كان قريباً اليوم وما أشبهه تلوم له كما يتلوم له في الحاضر فان أتى به بعد التلوم له والا غرم ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيي ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت بوجه رجل الى أجل فلما حل الاجل لم آت به فغرمت المال ثم وجدته بعد ذلك وأتيت به أيكون لي أن أرجع على الذي أخذ مني المال (قال) لا ولكن تتبع الذي عليه الدين الذي تحملت به ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم هذا قول مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت بوجه رجل الى أجل فأتيت به الى ذلك الاجل أيكون علي شئ أم لا (قال) لا شئ عليك ﴿ قلت ﴾ ولا يكون علي من دينه شئ وان كان عديما (قال) نعم لا شئ

عليك لانك قد أتيت به ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت بنفسه كفيلا الى غد ثم أتى به من الغد أيبرأ من المال في قول مالك (قال) نعم يبرأ من المال في رأيي ﴿ قال ابن وهب ﴾ وسمعت عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج يحدث أنه بلغه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الحميل غارم

﴿ في الحميل بالوجه لا يغرم المال ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان قال أنا أتكفل بوجهه الى أجل كذا وكذا فان لم آت به فعلي طلبه حتى آتي به فأما المال فلا أضمنه أيكون عليه من المال شئ ان مضى الأجل ولم يأت به في قول مالك (قال) قال مالك لا شئ عليه ويكون كما اشترطه ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت لرجل لوجه رجل الى أجل كذا وكذا فان لم أوافه به الى ذلك الأجل فلا شئ له علي من المال ولكني حميل له بوجهه أطلبه له حتى آتيه به (قال) قال مالك هو على شرطه الذي اشترطه ليس له عليه شئ الا طلب وجهه هو شرط لنفسه ما ذكرت (وقال غيره) واذا تحمل الرجل بالرجل أو بالحق أو بعينه فقال الحمالة لازمة كالدين وذلك كله سواء الا أنه اذا تحمل بالرجل أو بالعين ولم يقل بالمال فجاء بالرجل فقد برئ من جميع حمالته وان لم يأت به أغرم الحميل كما يغرم من تحمل بالمال فالحمالة بنفس الرجل وبالمال سواء اذا لم يأت بالرجل وحميل المال لا يبرئه أن يأتي بالرجل ومن اشترط في الحمالة بالوجه أني لست من المال في شئ فانه لا يكون عليه من المال شئ جاء بالرجل أو لم يأت به لان المحمول له لم يؤكد ما ينتفع به الا أن يكون الذي اشترط لنفسه أني لست من المال في شئ كان قادرا على الاتيان بالرجل الذي تحمل به ففرط في ذلك وتركه وهو يمكنه حتى غاب فيكون قد غرم ولم يؤخذ لذلك وانما أخذ ليجمعه على صاحبه وليس هذا من شروط المسلمين وان تحمل بعين الرجل فلم يأت به الى الاجل الذي تحمل به اليه فطلبه منه المحمول له ورفعه الى الحاكم فلم يقض عليه بالمال حتى أتى به فقد برئ من المال ومن عين الرجل وان حكم عليه بالمال حين لم يأت بالرجل على قدر ما رآه السلطان فقد لزمه المال ومضى الحكم وان حبس

الغريم المحمول بعينه في الحبس وقد كفل له رجل فأخذ به فدفعه اليه وهو في السجن فقد برئ الحميل لانه يقدر على أخذه في السجن فيسجن له في حقه وان كان قد انقضى ما سجن فيه فهو يحبس له في حقه وكذلك اذ أمكنه منه في موضع حكم وسلطان فانه يبرأ وان دفعه في موضع لا يستطيع حبسه ولا يبلغ به سلطانا لانه موضع لا سلطان فيه أو في حال فتنة أو في مفازة أو في موضع يقدر الغريم على الامتناع لم يبرأ منه حتى يدفعه حيث تمضي الاحكام ويكون السلطان وان كان غير بلده لانه انما تحمل له بنفسه فقد أمكنه من نفسه في السجن أو حيث تجوز الاحكام وكذلك لو مات الغريم لانه انما تحمل له بنفسه وهذه نفسه قد ذهبت وانما تحمل ما كان حيا وان أخذ الحميل بالغريم والغريم غائب فحكم على الحميل وأغرم المال ثم قامت للحميل بينة أن الغريم كان ميتا قبل أن يحكم على الحميل ارتجع ماله لانه لو علم أنه ميت حين أخذ به الحميل لم يكن عليه شيء لانه انما تحمل بنفسه وهذه نفسه قد ذهبت وانما تقع الحمالة بالنفس ما كان حيا ولو كان الغريم أمكن الطالب من نفسه وأشهد أني دفعت نفسي اليك من حمالة فلان لي وفي موضع يقدر عليه لم يبرئه ذلك وكان كأنه دفعه اليه رجل أجنبي ليس بوكيل للحميل ولا يبرأ الحميل حتى يدفعه هو أو وكيله وان أبى الطالب أن يقبل ذلك فأشهد عليه الحميل أو وكيل الحميل فقد برئ الحميل وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الحميل غارم . وقال أيضاً الزعيم الحميل * فاذا قال أنا ضامن لك أو حميل لك أو قبيل لك أو زعيم لك أو هو لك عندي أو هو الي أو هو لك علي أو هو لك قبلي فهذا كله ضمان لازم والضمان حمالة والحمالة لازمة كالدين وان كان في هذه الوجوه كلها يريد الحق فهو لازم وان كان يريد الرجل فهو لازم فخذ هذا على هذا

﴿ في الرجل يدعي قبل الرجل حقا والمدعى عليه ينكر فيقول الرجل ﴾
﴿ أنا ضامن بوجهه الى غد فان جئتك به والا فأنا ضامن للحق ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان ادعى رجل قبل رجل حقا والمدعى عليه ينكر فقال رجل

للطالب أنا كفيل لك بوجهه الى غد فان جئتك به والا فأنا ضامن للمال فلم يجئ به لغد (قال) يقال لهذا الطالب أثبت حقك وأقم البينة على حقك والا فلا شيء لك ولا يكون له أن يأخذ من الكفيل شيئاً الا أن يقيم البينة على حقه ﴿ قلت ﴾ تحفظه عن مالك (قال) لا

﴿ في الرجل يدعي قبل الرجل حقا والمدعى قبله ينكر فيقول أجلني ﴾
﴿ اليوم فان لم أوفك غداً فالحق الذي تدعي قبلي حق ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان ادعى رجل قبل رجل حقا فأنكر ثم قال أجلني اليوم فان لم أوفك غداً فالحق الذي تدعيه علي هو لك قبلي (قال) لا أقوم على حفظ قول مالك في هذا وأرى هذا مخاطرة ولا شيء عليه

﴿ في الرجل يقول لي على فلان ألف درهم فيقول ﴾
﴿ له رجل أنا حميل لك بها ثم ينكر ذلك فلان ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا قال لي على فلان ألف درهم فقال له رجل أنا لك بها كفيل فجاء فلان فأنكر أن يكون عليه شيء (قال) لا شيء على الكفيل الا أن يقيم البينة على حقه لان الذي عليه الحق قد جحده ﴿ قلت ﴾ أتحفظه عن مالك (قال) لا

﴿ في الصبي يدعي رجل قبله حقاً فيتكفل به رجل فيقضى على الصبي بذلك ﴾
﴿ الحق فيؤخذ من الحميل فيريد الحميل أن يرجع على الصبي ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الصبي يدعي رجل قبله حقاً فيتكفل به رجل فقضى بذلك الحق على الصبي وأخذه الطالب من الكفيل أيكون للحميل أن يرجع بذلك على هذا الصبي أم لا في قول مالك (قال) يرجع به في مال الصبي لان مالكا قال لو أن رجلا أدى عن رجل مالا كان عليه بغير أمره ان له أن يرجع بذلك على الذي كان عليه المال فهذا يدلك على أصل قول مالك في مسألتك في هذا الوجه كله اذا كان ذلك حقا ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن صبياً أفسد متاعا لرجل فلزمه بقيمة ذلك المتاع

فأدى عنه رجل بغير أمر الصبي وبغير أمر الولي فأراد أن يتبع الصبي بذلك أيكون ذلك له أم لا (قال) نعم يلزمه ذلك في رأيي لان مالكا قال ما أفسد الصبي أو كسر أو اختلس فهو ضامن عليه

﴿ القضاء والدعوى في الكفالة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن لرجل على رجل ألف درهم من قبل كفالة وألفا من قبل قرض فدفع اليه ألف درهم فقال الالف الذى دفعتها اليك من القرض وقال الآخر بل هي من الكفالة (قال) قال مالك يقسم بينهما فيكون نصفها من الكفالة ونصفها من القرض ﴿ وقال غيره ﴾ من الرواة القول عندنا قول المقتضي مع يمينه لانه مدعى عليه وقد ائتمنه حين دفع اليه وقد كان قادرا على أن يتوثق مما دفع ويتبرأ مما عليه وكذلك الورثة أيضاً لا قول لورثة الذى قضى مع المقتضي الا مثل الذي كان الذى ورثهم ﴿ قلت ﴾ لابن القاسم أرأيت ان مات الدافع فاختلف ورثته والمدفوع اليه المال (فقال) ورثته عندى بمنزلته يقسم المال بين القرض والكفالة ولم أسمع من مالك في الورثة شيئاً

﴿ في أخذ الحميل بالحق والمتحمل به ملئ غائب أو حاضر ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تحملت برجل أو بمال على رجل أيكون للذي له الدين أن يأخذني بالحق الذى تحملت به وصاحبي الذى تحملت به ملئ بالذى عليه في قول مالك (قال) قال مالك ليس ذلك له ولكن يأخذ حقه من الذى عليه الدين فان نقص شيء من حقه أخذه من مال الحميل الا أن يكون الذي عليه الحق مديانا وصاحب الحق يخاف ان قام عليه حاصه الغرماء أو غائبا عنه فله أن يأخذ الحميل ويدعه وقد كان مالك يقول قبل ذلك الذي له الحق أن يأخذ ان شاء الحميل وان شاء الذى عليه الحق ثم رجع الى هذا القول الذي أخبرتك وهو أحب ما فيه الي وكذلك روى ابن وهب ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كان الذى عليه الحق ملياً غائباً والحميل حاضر

أيكون الذى له الدين أن يأخذ الحميل والذى عليه الدين ملئ الا أنه غائب (قال) نعم كذلك قال لى مالك الا أن يكون للذى عليه الدين أموال حاضرة ظاهرة فانها تباع أمواله في دينه ﴿ وقال غيره ﴾ الا أن يكون في تثبيت ذلك وفي النظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل ولمثل هذا أخذ وما أشبهه

﴿ في الحميل أو المتحمل به يموت قبل محل الحق ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت لرجل بماله على رجل الى أجل فمات الكفيل أو مات المكفول به (قال) قال لى مالك اذا مات الكفيل قبل محل الاجل كان لرب الحق أن يأخذ حقه من مال الكفيل ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذى عليه الحق شيئاً حتى يحل أجل المال (قال مالك) وان مات الذى عليه الحق قبل الأجل كان للطالب أن يأخذ حقه من ماله فان لم يكن له مال لم يكن له أن يأخذ الكفيل بالحق حتى يحل الاجل ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان مات الكفيل قبل محل أجل الكفالة وعلى الكفيل دين يغترق ماله أيكون للمكفول له أن يضرب مع الغرماء بمقدار دينه (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم هذا قوله اذا لم يكن عليه دين وقال مالك ما أخبرتك وقال فان كان عليه دين ضرب مع الغرماء

﴿ في المتحمل به يموت قبل أجل الحق والمتحمل له وارثه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أني تكفلت عن رجل بمال أو أحاله عليَّ رجل بمال فمات المطلوب الغريم والطالب وارثه (قال) ان مات ولا مال له فالكفيل ضامن للمال وان مات وله مال فيه وفاء فلا شيء على الكفيل لانه ان رجع الطالب على الكفيل رجع الكفيل في مال المطلوب الهالك والطالب وارثه فقد صار له المال فصار ذلك تقاصا وأما في الحوالة فان كان الميت أحال الطالب وله دين على هذا الذى أحال عليه فهي حوالة وليست بحمالة وللطالب أن يرجع بها على هذا الذى أحيل عليه كان للميت مال أو لم يكن له مال ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) لم أسمعه من مالك ولكنه رأيي

فأدى عنه رجل بغير أمر الصبي وبغير أمر الولي فأراد أن يتبع الصبي بذلك أيكون ذلك له أم لا (قال) نعم يلزمه ذلك في رأيي لان مالكا قال ما أفسد الصبي أو كسر أو اختلس فهو ضامن عليه

﴿ القضاء والدعوى في الكفالة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن لرجل على رجل ألف درهم من قبل كفالة وألفا من قبل قرض فدفع اليه ألف درهم فقال الالف الذى دفعتها اليك من القرض وقال الآخر بل هي من الكفالة (قال) قال مالك يقسم بينهما فيكون نصفها من الكفالة ونصفها من القرض ﴿ وقال غيره ﴾ من الرواة القول عندنا قول المقتضى مع يمينه لانه مدعى عليه وقد ائتمنه حين دفع اليه وقد كان قادرا على أن يتوثق مما دفع ويتبرأ مما عليه وكذلك الورثة أيضاً لا قول لورثة الذى قضى مع المقتضى الا مثل الذي كان للذى ورثهم ﴿ قلت ﴾ لابن القاسم أرأيت ان مات الدافع فاختلف ورثته والمدفوع اليه المال (فقال) ورثته عندى بمنزلته يقسم المال بين القرض والكفالة ولم أسمع من مالك في الورثة شيئاً

﴿ في أخذ الحميل بالحق والمتحمل به ملئ غائب أو حاضر ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تحملت برجل أو بمال على رجل أيكون للذي له الدين أن يأخذني بالحق الذى تحملت به وصاحبي الذى تحملت به ملئ بالذى عليه فى قول مالك (قال) قال مالك ليس ذلك له ولكن يأخذ حقه من الذى عليه الدين فان نقص شئ من حقه أخذه من مال الحميل الا أن يكون الذي عليه الحق مديانا وصاحب الحق يخاف ان قام عليه حاصه الغرماء أو غائبا عنه فله أن يأخذ الحميل ويدعه وقد كان مالك يقول قبل ذلك للذي له الحق أن يأخذ ان شاء الحميل وان شاء الذى عليه الحق ثم رجع الى هذا القول الذي أخبرتك وهو أحب ما فيه الىّ وكذلك روى ابن وهب ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كان الذى عليه الحق مليا غائبا والحميل حاضر

أيكون الذى له الدين أن يأخذ الحميل والذى عليه الدين ملئ الا أنه غائب (قال) نعم كذلك قال لى مالك الا أن يكون للذى عليه الدين أموال حاضرة ظاهرة فانها تباع أمواله فى دينه ﴿ وقال غيره ﴾ الا أن يكون فى تثبيت ذلك وفى النظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل ولمثل هذا أخذ وما أشبهه

﴿ فى الحميل أو المتحمل به يموت قبل محل الحق ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت لرجل بماله على رجل الى أجل فمات الكفيل أو مات المكفول به (قال) قال لى مالك اذا مات الكفيل قبل محل الاجل كان لرب الحق أن يأخذ حقه من مال الكفيل ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذى عليه الحق شيئاً حتى يحل أجل المال (قال مالك) وان مات الذى عليه الحق قبل الأجل كان للطالب أن يأخذ حقه من ماله فان لم يكن له مال لم يكن له أن يأخذ الكفيل بالحق حتى يحل الاجل ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان مات الكفيل قبل محل أجل الكفالة وعلى الكفيل دين يغترق ماله أيكون للمكفول له أن يضرب مع الغرماء بمقدار دينه (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم هذا قوله اذا لم يكن عليه دين وقال مالك ما أخبرتك وقال فان كان عليه دين ضرب مع الغرماء

﴿ فى المتحمل به يموت قبل أجل الحق والمتحمل له وارثه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أنى تكفلت عن رجل بحق أو أحاله علىّ رجل بمال فمات المطلوب الغريم والطالب وارثه (قال) ان مات ولا مال له فالكفيل ضامن للمال وان مات وله مال فيه وفاء فلا شئ على الكفيل لانه ان رجع الطالب على الكفيل رجع الكفيل فى مال المطلوب الهالك والطالب وارثه فقد صار له المال فصار ذلك قصاصا وأما فى الحوالة فان كان الميت أحال الطالب وله دين على هذا الذى أحال عليه فهى حوالة وليست بحمالة وللطالب أن يرجع بها على هذا الذى أحيل عليه كان للميت مال أو لم يكن له مال ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) لم أسمعه من مالك ولكنه رأيي

﴿ في التحمل لرجلين يغيب أحدهما ويقوم الآخر فيأخذ بحقه ثم يقدم الغائب فيريد أن يرجع بحصته ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أني تكفلت لرجلين بحق لهما فغاب أحدهما وحضر الآخر فأخذ مني الحاضر حصته من الدين فقدم فلان الغائب أيكون له أن يرجع على الذي أخذ حصته فيما أخذ (قال) قال مالك في الدين يكون بين الرجلين في صك واحد على رجل واحد فيقتضي أحدهما نصيبه من الدين دون صاحبه قال مالك يشاركه صاحبه فيما اقتضى اذا كان ذكر الحق واحداً فكذلك مسألتك الا أن يكون الشريك رفع ذلك الى السلطان فاستعدى عليه وأمره أن يخرج معه في اقتضائه أو يوكل فأبى فأذن له في ذلك السلطان أو يكون قد أشهد عليه وان لم يأت السلطان بأن يخرج أو يوكل فلا يفعل فيخرج على ذلك فيقتضي فهذا لا يرجع معه فيه وهذا قول مالك ﴿ قلت ﴾ فلو رفع ذلك الى السلطان والشريك الآخر غائب فقضى السلطان بأن يأخذ حقه فأخذه وقبل الغريم وفاء لحق صاحبه وأعدم الغريم بعد ذلك ثم قدم الغائب فطلب شريكه بنصف ما اقتضى (قال) لا يكون ذلك له (قال) ولو قام عليه الحاضر ولم يجد عنده الا قدر حقه فقط أخذ الحاضر من ذلك ما ينوبه في المحاصة لو كان صاحبه معه فان جهل السلطان وقضى له بأخذ حقه فان قدم الغائب طالب الحاضر بنصف ما اقتضى لانه بمنزلة التفليس لانه قد بيع ماله وخلع منه كله ﴿ وقال غيره ﴾ اذا لم يكن عنده الا مقدار حق أحد الرجلين فقضى له بما ينوبه في الحصاص أو قضى له بجميع حقه فهو سواء اذا قدم الغائب طالب شريكه بما ينوبه لانه بمنزلة التفليس

﴿ في الرجل يتحمل للرجل بما قضى له على غريمه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا قال لرجل وهو يخاصم رجلا في طلب حق له فقال الرجل للطالب ما ذاب [1] لك على فلان الذي تخاصمه فأنا كفيل لك به فاستحق

(١) (ذاب) هو بالذال المعجمة قال في المختار وذاب له عليه من الحق كذا أي وجب وثبت اه

قبله مالا أيكون هذا الكفيل ضامنا له في قول مالك (قال) نعم وكذلك كل من تبرع بكفالة فانها له لازمة وهذه له لازم في مسألتك ﴿ قال ﴾ ولقد سئل مالك عن رجل قال لرجل وهو يدعى قبل أخيه حقا فقال له الآخر ما تصنع بأخي احلف أن حقك حق وأنا ضامن لك ثم قال بعد ذلك انما قلت لك قولا ولا أفعل ولا أضمن انما تبرعت به (قال) قال مالك يحلف ولا ينظر الى رجوع هذا فاذا حلف ضمن ولم ينفعه رجوعه ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا قال اشهدوا بأني ضامن بما قضى لفلان على فلان وهما غائبان جميعا أو قال أنا كفيل لفلان بما على فلان وهما غائبان جميعاً أيلزمه ذلك في قول مالك أم لا (قال) قال مالك في رجل قال لرجل مالك ولأخي احلف أن الدين الذي تدعيه قبله حق وأنا أغرم لك فرضي المدعي بذلك فنزع الذي قال احلف وأنا أضمن (قال مالك) ليس ينفعه نزوعه ويحلف هذا ويستحق ويغرمه فكذلك مسألتك وسواء ان كان أحدهما حاضراً أو كانا غائبين جميعا أو حاضرين لان مالكا يلزم المعروف من أوجبه على نفسه والكفالة معروف وهي حمالة وهي لازمة كالدين فهذا قد وجب عليه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان وهذا رأيي ﴿ قال ابن القاسم ﴾ ولو مات الضامن كان ذلك في ماله

﴿ في الرجل يتحمل عن الرجل بحمالة وهو غائب عنه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن لرجل على رجل حقا فقال رجل غائب عنهما من غير أن يخاطبه أحد اشهدوا أني كفيل لفلان بماله على فلان أيلزمه هذا في قول مالك (قال) لا أقوم على حفظ قول مالك وأراه لازما له

﴿ في الرجل يتحمل عن الرجل بحمالة ثم يموت الحميل قبل أن يستحق قبل المتحمل له شيء ثم استحق قبله الحق بعد موت الحميل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا قال لرجل ما ذاب لك قبل فلان فأنا كفيل به فمات الذي قال أنا كفيل به قبل أن يستحق هذا قبل فلان شيئاً ثم استحق قبله الحق

بعد موت الذى قال أنا كفيل أيكون ذلك فى ماله أم لا (قال) نعم ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) لا أقوم على حفظ قول مالك فى هذا الا أن هذا رأيى

﴿فى الرجل يقول للرجل داين فلانا فما ذاب لك قبله من حق فأنا له حميل﴾

﴿قلت﴾ أرأيت ان قلت لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شئ فأنا ضامن للثمن أيلزمنى ذلك الضمان أم لا (قال) نعم يلزمك هذا اذا ثبت ما بايعته به من شئ ﴿قلت﴾ أتحفظه عن مالك (قال) نعم ﴿وقال غيره﴾ وانما يلزم من ذلك كل ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به

﴿فى الرجل يقول للرجل داين فلانا وأنا لك حميل ثم يرجع قبل المداينة﴾

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن رجلا قال لرجل داين فلانا فما داينته به من شئ فأنا ضامن لك فلم يداينه حتى أتاه فقال له لا تفعل فانه قد بدا لى أيكون ذلك له أم لا (قال) نعم وما سمعت من مالك فيه شيئاً ﴿قلت﴾ أليس قد قال مالك فى الذى قال احلف وأنا ضامن للحق الذى تدعيه على أخي ثم قال بعد ذلك لا تحلف فانى لا أضمن قال مالك هذا لا ينفعه (قال ابن القاسم) لان هذا حق قد لزمه (قال) وهذا لا يشبه مسألتك

﴿فى الرجلين يتحملان بالحمالة ثم يغيب أحدهما والمتحمل به فيؤدى الحاضر المال ثم يقدم المتحمل والذى عليه الحق فيريد الحميل أن يتبع صاحبه بما أدى عنه وصاحب الحق ملئ﴾

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن رجلين كفيلين تكفلا عن رجل بألف درهم وكل واحد كفيل ضامن فغاب الذى تكفلا عنه وغاب أحد الكفيلين فلزم الكفيل الحاضر فأدى المال ثم قدم الذى عليه الاصل والكفيل الآخر وكلاهما ملئ فأراد الكفيل أن يتبع الكفيل بنصف ما أدى أيكون ذلك له والذى عليه الاصل ملئ (قال) نعم ﴿قلت﴾ ولم وقد قال مالك فى الذى عليه الاصل اذا كان مليا لم يكن للطالب أن

يأخذ الكفلاء بالمال (قال) لا يشبه الكفيلين هاهنا الذى عليه الاصل لان الكفيلين اذا أدى أحدهما عن صاحبه وكل واحد منهما كفيل ضامن بما على صاحبه فانه يرجع على أيهما شاء على صاحب الاصل أو على الكفيل الذى تكفل معه لانه حين أدى صار ديناله عليهما ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيى

﴿في القوم يتحملون بالحمالة فيعدم المطلوب فيريد طالب الحق أن يأخذ من وجد من الحملاء بجميع الحق﴾

﴿قلت﴾ أرأيت ان تكفل لى ثلاثة رجال بمالى على فلان فأعدم فلان الذي عليه الحق أيكون لى أن آخذ من قدرت عليه من هؤلاء الكفلاء الثلاثة بجميع حقى في قول مالك (قال) قال مالك لا تأخذ من قدرت عليه من الكفلاء الا بثلث الحق لانهم كفلاء ثلاثة ﴿قلت﴾ فان قال حين تكفلوا له بعضكم كفيل عن بعض (قال) قال مالك اذا جعلهم كفلاء بعضهم ببعض أخذ من قدر عليه منهم بجميع الحق ﴿قلت﴾ أرأيت ان غرم المال أحد الكفلاء ثم لقى الذى غرم ذلك أحد الكفيلين بم يرجع عليه أبالنصف أم بالثلث (قال) أرى أن يرجع عليه بالنصف (قال) ولو أنه حين تكفلوا له شرط عليهم أيكم شئت أن آخذ بحقى أخذته ولم يجعلهم كفلاء بعضهم عن بعض فأخذ من وجد منهم لم يكن لمن أخذ منه أن يرجع بما أخذ على صاحبه لانهما لم يتكفلا للغارم بشئ وانما كان الشرط لصاحب الدين أيهم شاء أخذ بحقه وكذلك بلغنى عن مالك ﴿قلت﴾ أرأيت ان تكفل ثلاثة رجال لرجل بحقه الذى له على فلان أيكون له أن يأخذ من لقى منهم بجميع الحق (قال) لا الا أن يكونوا تحملوا بذلك الحق وبعضهم أيضاً حملاء عن بعض واشترط أن يأخذ من شاء منهم بحقه فان كانوا هكذا أخذ من لقى منهم بجميع الحق وان لم يكن بعضهم حميلا عن بعض لم يكن له أن يأخذ من لقى منهم الا بثلث المال (قال ابن القاسم) فاذا اشترط عليهم ان شاء أن يأخذ منهم من شاء بحقه فأخذ منهم بالحق رجلا لم يكن لهذا الذى أخذه بجميع الحق أن يرجع على من تحمل معه الا أن يكونوا اشترطوا

عند الحمالة أن بعضهم حملاء عن بعض واشترط الذى له الحق أن يأخذ من شاء بالجميع فأخذ بذلك أحدهم فانه هاهنا يرجع من غرم منهم على صاحبيه بثلثى ما غرم اذا كان فى أصل الحمالة بعضهم حملاء عن بعض (قال بن القاسم) ولو كان الحملاء كلهم حضوراً وكلهم موسر لم يكن له أن يأخذ من كل واحد الا ثلث الحق وهذا بمنزلة الحميل والذى عليه الاصل اذا كان الذى عليه الاصل موسراً لم يؤخذ حميل وان كان معدما أخذ الحميل وان كان بعض الحملاء معدما وبعضهم موسراً أخذ الذى له الحق حقه من الذى وجده منهم مليا الا أن يكون شرط عليهم فى الحمالة أنه يأخذ من شاء منهم بحقه فيكون له أن يأخذ بعضهم بالجميع وان كانوا كلهم مياسير ﴿قال ابن وهب﴾ وقال مالك ان من أمر الناس الجائز عندهم أن الرجل يكتب حقه على الرجلين فيشترط أن حيكما عن ميتكما أو مليكما عن معدمكما وانما ذلك بمنزلة الحمالة يتحمل بها أحدهما عن صاحبه ﴿قال ابن وهب﴾ وأخبرنى الثقة عن عطاء بن أبي رباح أنه قال نحو ذلك ﴿سحنون﴾ وقال غيره اذا كان لرجل ستمائة دينار على ستة رجال على أن بعضهم حملاء عن بعض بجميع المال أو قال على أن كل واحد منهم حميل عن أصحابه بجميع المال أو قال على أن كل واحد منهم حميل بجميع المال ولم يذكر أصحابه بشئ أو قال على أن كل واحد منهم حميل عن صاحبه بجميع المال فأيهم شاء أن يأخذ بجميع حقه أخذ قال فى ذلك كله ولا براءة لواحد منهم حتى يوفى جميع هذا المال أو لم يقله فهو سواء كله وله أن يأخذ من لقى منهم بجميع الحق فان لقي واحداً منهم أو لقيهم جميعا كانوا مياسير كلهم أو بعضهم وان لم يكن شرط فأيهم شاء أن يأخذ بحقه أخذه فانه ان لقى واحداً منهم فله أخذه بجميع الحق وان لقيهم جميعا وهم مياسير فليس له أن يأخذ بعضهم ببعض لان الحميل لا يؤخذ بالذى على المديان اذا كان المديان حاضراً مليا وانما له أخذه اذا كان المديان عديما أو غائبا أو يكون مديانا أو ملدا ظالما فان لقى الغريم واحداً من الستة فأخذ منه المال كله ثم لقى المأخوذ منه المال كله أحد الستة بعد ذلك فانه يأخذ منه مائة أداها عنه خاصة

ويأخذ منه مائتين لانهما حميلان عن الاربعة وقد كان أدى عن نفسه مائة لا يرجع بها على أحد وأخذ من هذا الذى لقي مائة أداها عنه وبقيت أربعمائة أداها عن الاربعة الباقين فله أن يرجع على هذا بنصف الاربعمائة لانهما حميلان عن الاربعة فذا أخذ منه مائتين فقد استويا فى الغرم فان لقى أحدهما أحد الاربعة الباقين فانه يأخذه بخمسين دينار قضاها عنه خاصة من الدين الذى عليه ويرجع عليه بنصف ما أدى عن الثلاثة وقد أدى عن الثلاثة بالحمالة خمسين ومائة فيرجع عليه بنصفها فيكون جميع ذلك مائة وخمسة وعشرين خمسون عنه خاصة أداها عنه وخمسة وسبعون أداها عنه بالحمالة عن الثلاثة وكذلك اذا لقى الرابع المأخوذ منه المال الثالث من الباقين فانه يأخذه بما أدي عنه من أصل الدين وبنصف ما أدى عن أصحابه فان لقى هذا الرابع الآخر من الاولين الذى لم يرجع على الرابع فانه يرجع عليه بما أدى عنه من أصل الدين وذلك خمسون ديناراً وينظر ما بقى مما أداه بالحمالة عنه فاذا هي مائة وخمسون ديناراً وقد أدى الرابع بالحمالة خمسة وسبعين ديناراً فيرجع عليه الذى أدي خمسين ومائة بسبعة وثلاثين ونصف حتى يعتدلا بما أديا في الحملة عن الثلاثة فيصير كل واحد قد أدى مائة واثنى عشر ونصفا فعلى هذا يكون اذا لقي بعضهم بعضاً حتى يؤدي كل واحد منهم مائة لان كل واحد كان عليه من أصل الدين مائة فخذ هذا على هذا ونحوه * ولو أن هؤلاء الستة الذين عليهم ستمائة دينار تحمل بها بعضهم عن بعض على أن كل اثنين منهم حميلان بجميع المال أو قال على أن كل اثنين منهم حميلان عن أصحابهم بجميع الدين أو على أن كل اثنين حميلان عن اثنين منهم بجميع المال أو على أن كل اثنين ضامنان عن واحد بجميع المال على ما وصفت لك فى صدر المسئلة فهذا كله سواء فان لقى رب المال اثنين منهم أخذ منهما الجميع ثلاثمائة وان لقى واحداً منهم أخذه بثلاثمائة وخمسين مائة منها عليه من أصل الدين وخمسون ومائتان من الكفالة لانه كفيل بنصف ما بقى فان أخذ ذلك منه ثم لقي المأخوذ منه رجلا من الستة كان له أن يأخذ منه خمسين أداها لدينه خاصة ثم يأخذه بنصف

المائتين اللتين أدى عن الحمالة لان المؤدى الاول أدى عن نفسه مائة لا يرجع بها على أحد وأدى خمسين ومائتين عن أصحابه عن كل واحد منهم خمسين خمسين فاذا لقى واحداً منهم أخذ منه خمسين أداها عنه عن أصل دينه ثم يشاركه فيما بقى مما أدى عن أصحابه فذلك مائتان لان كل اثنين حميلان بجميع المال وهذا بمنزلة ستة رجال عليهم ستمائة درهم ضمنوها لصاحبها على أن كل واحد منهم ضامن لنصف جميع المال فاذا لقى صاحب الدين واحداً منهم أخذه بحصته من الدين وذلك مائة وبنصف ما على أصحابه فهذا والاول سواء فان لقى صاحب الدين واحداً منهم أخذ منه ثلاثمائة وخمسين ثم ان لقى المأخوذ منه أحداً من أصحابه أخذه بخمسين أداها عنه وبمائة درهم مما أدى عنه وعن أصحابه وان لقى المؤدى الثانى أحداً من الاربعة الباقين أخذه بخمسة وعشرين أداها عنه عن خاصة نفسه وبنصف ما بقى من المائة حتى يستووا في الغرم عن أصحابهم وذلك نصف خمسة وسبعين درهما وكذلك من لقوا من أصحابهم على ما وصفت لك فخذ هذا على هذا * ولو كانت الستمائة على ستة رجال على أن كل ثلاثة حملاء عن ثلاثة بجميع المال أو على أن كل ثلاثة حملاء عن صاحبهم أو عن أصحابهم أو عن واحد بجميع المال أو على أن كل واحد حميل بثلث المال فهذا كله سواء فان لقى ثلاثة أخذهم بجميع المال وان لقى واحداً أخذه بمائة وبثلث ما بقى وذلك مائة وستة وستون وثلثان فان لقى اثنين أخذ منهما مائتين ما عليهما خاصة وثلثى ما بقى مما تحملا به ليس له أخذهما بغير ذلك وذلك مائتان وستة وثلاثون فان لقى ثلاثة أخذهم بجميع المال فان أخذه منهم ثم لقى واحد منهم أحد الثلاثة الذين لم يؤدوا فانه يأخذه بما أدى عنه خاصة بثلاثة وثلاثين درهما وثلث لانه أدى مائتين مائة منهما عليه خاصة ومائة أداها عن الثلاثة أدى عن كل واحد منهم ثلثها فيأخذ منه ثلث المائة التى أدى عنه عن خاصة نفسه ويبقى ما أدى عن الاثنين وذلك ستة وستون وثلثان فيرجع عليه بنصفها حتى يستووا فى الغرم عن الاثنين فان أخذ منه ثم لقى الثالث الذى أخذ من صاحبه ما أخذ أحد الاثنين اللذين أديا معه

المال جمع ما أديا جميعاً عن الثلاثة فحمل عليهما نصفين فرجع الاول الذى لم يأخذ من الثالث شيئاً على الذى أخذ بالفضل حتى يكونا فى الغرم سواء فان اقتسما ذلك ثم لقيا الباقى الذى أدى معهم المال تراجعوا الفضل أيضاً حتى يصير ما أخذ من الثالث بينهم أثلاثا لانهم فى الكفالة سواء فان لقى واحد منهم أحداً ممن لم يؤد فأخذه بشئ على حساب ما يقع عليه فلا بد من أن يشاركه فيه من بقى من الاثنين اللذين أديا معه المال حتى يكون ما أخذ كل واحد منهم بينهم بالسوية لانهم حملاء عن أصحابهم ثم يفعل هكذا فيهم * ولو كانت الستمائة على ستة فضمنوها على أن كل واحد منهم حميل عن ثلاثة بجميع المال أو عن خمسة أو عن واحد أو عن جميعهم فهذا أصل واحد وكل واحد حميل بجميع الستمائة لانه قد قال فى أول الحمالة على ان كل واحد منهم حميل بجميع المال فلا يضره قال عن ثلاثة أو عن أقل أو أكثر فكل واحد منهم حميل بجميع المال فخذ هذا على هذا

في الغريم يؤخذ منه حميل بعد حميل

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كان لى على رجل ألف درهم فأخذت منه كفيلا بالألف ثم لقيته بعد ذلك فأخذت منه كفيلا آخر بتلك الالف أيكون لى أن آخذ أيهما شئت بجميع الالف اذا أعدم الذى عليه الاصل (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً وأرى ذلك لك ولا يشبه هذا الكفيلين اذا تكفلا في صفقة واحدة ولم يحمل بعضهما كفيلا عن بعض ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تحمل رجل لرجل بماله على فلان ثم لقى الذى له الحق الذى عليه الحق فأخذ منه كفيلا آخر أيكون لرب الحق أن يأخذ أى الحميلين شاء وقدر عليه بجميع حق (قال) نعم ذلك له لانهما لم يتحملا فى صفقة واحدة وانما تحمل كل واحد منهما على حدة ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيى ﴿ قلت ﴾ أولا ترى أن أخذه الحميل الثانى من الذى عليه الحق براءة للحميل الاول (قال) لا ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت من فلان كفيلا بمالى عليه ثم لقيته بعد ذلك فأخذت منه كفيلا آخر أتسقط الكفالة فى الاول أو تسقط كلها أو

يسقط نصفها (قال) لا يسقط منها شيء ﴿ قلت ﴾ أتحفظه عن مالك (قال) هذا رأيي وهما جميعا كفيلان كل واحد بالجميع

﴿ باب في الحميل يؤخذ منه الحميل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل لي رجل بحق لي على رجل فأخذت من الكفيل كفيلا آخر أيلزم كفيل الكفيل الكفالة أم لا (قال) نعم تلزمه ﴿ قلت ﴾ تحفظه عن مالك (قال) لا ﴿ وقال غيره ﴾ وكذلك لو تحمل رجل بنفس رجل أو تحمل آخر بنفس الحميل ان ذلك جائز وكذلك لو تحمل ثلاثة رجال بنفس رجل وكل واحد منهم حميل عن صاحبه فهو جائز ومن جاء به منهم فقد برئوا كلهم لان الحمالة وكالة وان كانوا تحملوا بوجه وليس بعضهم حملاء عن بعض فان جاء به أحدهم برئ هو وحده ولم يبرأ صاحباه لانه لم يتحمل عنهما واذا تحمل بعضهم ببعض فأتى به أحدهم فيكون اذا جاء به أحدهم كأن كلهم أتى به لان كل واحد منهم وكيل لصاحبه على الاتيان به ﴿ قال سحنون ﴾ فخذ هذا الباب على هذا ونحوه

﴿ في الغريم يؤخذ منه الحميل فاذا حل الاجل أخر طالب الحق الغريم أيكون ذلك تأخيرا عن الحميل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كان لي على رجل حق وقد أخذت منه كفيلا فلما حل الاجل أخرت الذي عليه الاصل أيكون هذا تأخيرا عن الكفيل أيضا وكيف ان أخرت الكفيل أيكون ذلك تأخيرا للذي عليه الاصل (قال) أما اذا أخر الغريم فهو تأخير للكفيل الا أنه اذا أخر الذي عليه الاصل فقال الحميل لا أرضى لاني أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان ذلك له ويكون صاحب الحق فيه بالخيار ان أحب أن يؤخر الذي عليه الحق ولا حمالة له على الحميل فذلك له وان أبى لم يكن له ذلك الا أن يرضى الحميل وان سكت الحميل وقد علم بذلك فالحمالة له لازمة وان لم يكن له علم حتى يحل أجل ما أخره اليه حلف صاحب الحق بالله ما أخره ليبرأ الحميل من حمالته وكانت

حمالته عليه لازمة وأما اذا أخر الحميل فاني أراه تأخيرا عن الذي عليه الاصل الا أن يحلف صاحب الحق بالله الذي لا اله الا هو ما كان ذلك مني تأخيرا للحق عن صاحبه ولا كان ذلك مني الا للحميل فان حلف كان له أن يطلب صاحب الحق وان أبى أن يحلف لزمه التأخير وذلك لو أنه وضع عن الحميل حمالته لكان له أن يتبع صاحب الحق اذا قال انما أردت وضع الحمالة واتباع غريمي فالتأخير بمنزلته ﴿ سحنون ﴾ وقال غيره اذا أخر الغريم وهو ملي موسر تأخيرا بينا فالحمالة ساقطة عن الحميل وان أخره ولا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله القيام على الكفيل وله أن يقف عنه

﴿ باب في الحميل يدفع عن حمالته غير ما تحمل به عن الغريم ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت بألف دينار هاشمية ورضي صاحب الحق بألف دينار دمشقية فقضيته ذلك بم أرجع على صاحبي الذي لي عليه الاصل (قال) ترجع عليه بألف دينار دمشقية لانك كذلك أديت ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أني تكفلت عن رجل بألف درهم فغاب ولزمني الذي تكفلت له فأعطيته بألف درهم دنانير أو عرضا من العروض أو طعاما ثم قدم الذي عليه الاصل بم أرجع (قال) الذي عليه الاصل بالخيار ان أحب أن يدفع قيمة ما دفع الكفيل اليه ان كان عرضا أو حيوانا فذلك له وان كان طعاما فمكيلته وان أحب الالف التي كانت عليه فان هو دفع الذهب من الورق الذي تحمل بها فلا يحل ذلك ولا يجوز ويفسخ ذلك ويرجع الكفيل الذي دفع الذهب الى صاحب الدين فيأخذ منه ذهبه ويكون الورق على الذي عليه الاصل وعلى الحميل كما هي ﴿ قال ابن القاسم ﴾ والمأمور اذا دفع دراهم من دنانير خلاف هذا ولا يشبه الكفيل وهو بيع حادث وقد فسرت لك ذلك ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا تكفل عن رجل بألف درهم فقال الكفيل للذي عليه المال ادفع الي هذا الثوب وأنا أدفع الالف عنك فدفع الثوب اليه ثم ان الذي له الدين لزم الذي عليه الاصل فغرم المال بم يرجع الذي عليه الاصل على الكفيل أبالثوب أم بالالف (قال) يرجع بالالف ﴿ قلت ﴾ لم (قال) لانه باعه الثوب بألف وأمره أن

يدفعها الى فلان ﴿ قلت ﴾ وهـذا قول مالك (قال) لا أقوم على حفظ قول مالك في هذا وهذا رأيي ﴿ قال سحنون ﴾ وقد قال هو وغيره في هذا الاصل في المأمور بالدفع والكفيل بالدفع وذكر كثيراً منـه عن مالك اذا دفعوا دنانير من دراهم أو طعام أو عروض فالآمر والغريم المكفول عنـه بالخيار ان شاء دفع مادفع عنه لانه قد تعدى عليه بما يأمره به وان شاء دفع ما أمرهم أن يدفعوا عنه لانهم انما قضوا عنه ﴿ سحنون ﴾ وهذا الاصل التنازع فيـه كثير ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو ان كفيلا تكفل لي بمائة دينار على رجل فأبرأت الكفيل من خمسين ديناراً على ان دفع الي الخمسين الدينار ثم يرجع الكفيل على الذي عليـه الاصل (قال) بما أدى وهي الخمسون الدينار ﴿ قلت ﴾ ويكون للذي له الدين أن يرجع على الذي عليـه الدين بالخمسين الباقية (قال) نعم لانه لم يبرئ الذي عليه الاصل منها انما أبرأ الكفيل من الكفالة ولم يبرئ الذي عليه الاصل فلهـما جميعاً أي للكفيل وللـذي له الدين ان يرجعا على الذي عليـه الاصل كل واحـد منهما بخمسين خمسين ﴿ قلت ﴾ وهـذا قول مالك (قال) هـذا رأيي ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن كفيلين تكفـلا بألف درهم عن رجل فقال أحدهما لصاحبه ادفع اليّ مائة درهم وأنا أدفع الالف كلها عني وعنك (قال) ان كان قد حـل الحق وصاحب الحق حاضر وانما يأخـذ منه فيدفعها مكانه فذلك جائز وان كان انما تغزى سلفاً ينتفع به أو كان صاحب الحق غائباً أو لم يحـل الحق فهذا لايجوز وهو رأيي ﴿ قال سحنون ﴾ وقال غـيره وان أعطاه في موضع يجوز نفع لقرب دفعه عنه ثم ان الذي قبض المـائة من صاحبـه صالح الغريم على خمسين فان الصلح جائز ولا يكون على الغريم الا خمسون ويرجع الذي أعطى المائة على صاحبه بخمسة وسبعين ويتبعان الغريم بخمسين يتبعه كل واحد منهما بخمسة وعشرين وان صالح الكفيل الذي أخذ المائة من صاحبـه على خمسين ومائة فان الصلح جائز ولا يكون على الغريم الا مائة وخمسون ويرجع الذي أعطى المائة على صاحبه بخمسة وسبعين ويتبعان الغريم بخمسين يتبعـه كل واحـد منهما بخمسة وعشرين وان صالح

الكفيل الذي أخذ المائة من صاحبه على خمسين ومائة فان الصلح جائز ولا يكون على الغريم الا مائة وخمسون ويرجع الذي أعطى المائة على صاحبه بخمسة وعشرين ويتبعان الغريم بمائة وخمسين يتبعه كل واحد منهما بخمسة وسبعين وان صالح الذي أخذ المائة من صاحبـه الغريم على مائتين أو على خمسمائة فان الصلح جائز ولا يكون على الغريم الا ماقبض من الكفيل ويتبعان الغريم بمائتين بمـائة مائة وان كان الصلح بخمسمائة اتبعاه بما أديا عنه أحدهما بمائة والآخر بأربعمائة فان أعدم الذي عليه الدين لم يكن للـكفيل الذي أدى أربعمائة أن يرجع على صاحبـه الذي كان صالحه بمائة بقليل ولا كثير ويتبعان جميعاً الغريم بما أديا عنه

﴿ في الرجل يشتري الجارية أو السـلمة ويتحمل له رجل ﴾
﴿ بما أدركه فيها من درك ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا اشـترى جارية فتكفلت له بمـا أدركه فيها من درك أتكون هـذه كفالة وأكون ضامناً بمـا أدركه في الجارية من درك في قول مالك (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أني بعت من رجـل بيعاً وأعطيته كفيلا بمـا أدركه من درك أتجوز هذه الـكفالة أم لا (قال) ان كان أعطاه كفيلا بمـا أدركه فقال ان أدركك فيها درك فعـلي أن أرد الثمن فالكفالة في هذا جائزة وان كان انما أعطاه على أنه ان أدركه فيها درك فعليه أن يخلصها له بالغة ما بلغت فالكفالة في هـذا باطل لأن هذا لا يلزم البائع (قال) والكفالة لا تلزم أيضاً ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا قوله وهو رأيي ﴿ وقال غيره ﴾ لا يخرج من الكفالة لما رضي أن يلزمه نفسه وهو الذي أدخل المشتري في دفع ماله للثقة منه به فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم يستحق أو الثمن الذي أعطى الا أن يكون الغريم موسراً حاضراً فلا يكون عليـه شئ وخذ هذا الاصل على هذا في مثل هذا وما أشبهه ﴿ قلت ﴾ لابن القاسم أرأيت من باع بيعاً واشترط المشـتري على البائع الخلاص وأخذ منه بالخلاص كفيلا أيجوز هذا أم لا في قول مالك (قال) لا يحل وذلك عنـدي بمنزلة ما لو أن رجلا باع داراً

يدفعها الى فلان ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) لا أقوم على حفظ قول مالك في هذا وهذا رأيي ﴿قال سحنون﴾ وقد قال هو وغيره في هذا الاصل في المأمور بالدفع والكفيل بالدفع وذكر كثيراً منه عن مالك اذا دفعوا دنانير من دراهم أو طعام أو عروض فالآمر والغريم المكفول عنه بالخيار ان شاء دفع مادفع عنه لانه قد تعدى عليه بما يأمره به وان شاء دفع ما أمرهم أن يدفعوا عنه لانهم انما قضوا عنه ﴿سحنون﴾ وهذا الاصل يتنازع فيه كثير ﴿قلت﴾ أرأيت لو ان كفيلا تكفل لي بمائة دينار على رجل فأبرأت الكفيل من خمسين ديناراً على ان دفع الي الخمسين الدينار بم يرجع الكفيل على الذى عليه الاصل (قال) بما أدى وهي الخمسون الدينار ﴿قلت﴾ ويكون للذى له الدين أن يرجع على الذى عليه الدين بالخمسين الباقية (قال) نعم لانه لم يبرئ الذى عليه الاصل منها انما أبرأ الكفيل من الكفالة ولم يبرئ الذى عليه الاصل فلهما جميعاً أي للكفيل وللذى له الدين ان يرجعا على الذى عليه الاصل كل واحد منهما بخمسين خمسين ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيي ﴿قلت﴾ أرأيت لو أن كفيلين تكفلا بألف درهم عن رجل فقال أحدهما لصاحبه ادفع الي مائة درهم وأنا أدفع الالف كلها عني وعنك (قال) ان كان قد حل الحق وصاحب الحق حاضر وانما يأخذ منه فيدفعها مكانه فذلك جائز وان كان انما اغتزى سلفا ينتفع به أو كان صاحب الحق غائبا أو لم يحل الحق فهذا لايجوز وهو رأيي ﴿قال سحنون﴾ وقال غيره وان أعطاه في موضع يجوز ذلك لقرب دفعه عنه ثم ان الذى قبض المائة من صاحبه صالح الغريم على خمسين فان الصلح جائز ولايكون على الغريم الا خمسون ويرجع الذى أعطى المائة على صاحبه بخمسة وسبعين ويتبعان الغريم بخمسين يتبعه كل واحد منهما بخمسة وعشرين وان صالح الكفيل الذى أخذ المائة من صاحبه على خمسين ومائة فان الصلح جائز ولايكون على الغريم الا مائة وخمسون ويرجع الذى أعطى المائة على صاحبه بخمسة وسبعين ويتبعان الغريم بخمسين يتبعه كل واحد منهما بخمسة وعشرين وان صالح

الكفيل الذى أخذ المائة من صاحبه على خمسين ومائة فان الصلح جائز ولايكون على الغريم الا مائة وخمسون ويرجع الذى أعطى المائة على صاحبه بخمسة وعشرين ويتبعان الغريم بمائة وخمسين يتبعه كل واحد منهما بخمسة وسبعين وان صالح الذى أخذ المائة من صاحبه الغريم على مائتين أو على خمسمائة فان الصلح جائز ولا يكون على الغريم الا ماقبض من الكفيل ويتبعان الغريم بمائتين بمائة مائة وان كان الصلح بخمسمائة اتبعاه بما أديا عنه أحدهما بمائة والآخر بأربعمائة فان أعدم الذي عليه الدين لم يكن للكفيل الذى أدى أربعمائة أن يرجع على صاحبه الذى كان صالحه بالمائة بقليل ولا كثير ويتبعان جميعاً الغريم بما أديا عنه

﴿في الرجل يشترى الجارية أو السلعة ويتحمل له رجل بما أدركه فيها من درك﴾

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن رجلا اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك أتكون هذه كفالة وأكون ضامناً بما أدركه في الجارية من درك في قول مالك (قال) نعم ﴿قلت﴾ أرأيت لو أني بعت من رجل بيعاً وأعطيته كفيلا بما أدركه من درك أتجوز هذه الكفالة أم لا (قال) ان كان أعطاه كفيلا بما أدركه فقال ان أدركك فيها درك فعلي أن أرد الثمن فالكفالة في هذا جائزة وان كان انما أعطاه على أنه ان أدركه فيها درك فعليه أن يخلصها له بالغة ما بلغت فالكفالة في هذا باطل لأن هذا لا يلزم البائع (قال) والكفالة لا تلزم أيضاً ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا قوله وهو رأيي ﴿وقال غيره﴾ لا يخرج من الكفالة لما رضي أن يلزمه نفسه وهو الذى أدخل المشترى في دفع ماله للثقة منه به فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم يستحقها أو الثمن الذي أعطى الا أن يكون الغريم موسراً حاضراً فلا يكون عليه شيء وخذ هذا الاصل على هذا في مثل هذا وما أشبهه ﴿قلت﴾ لابن القاسم أرأيت من باع بيعا واشترط المشترى على البائع الخلاص وأخذ منه بخلاص كفيلا أيجوز هذا أم لا في قول مالك (قال) لا يحل وذلك عندي بمنزلة ما لو أن رجلا باع داراً

ليست له فقال للمشترى اشترها منى فان لم يسلم لك ذلك صاحبها فعلىّ خلاصها لك فهذا لا يجوز وهذا قول مالك والبيع فيها مردود ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط فى البيع الاول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص انما كتبوه على وجه الثقة والتشديد لنقضت البيع به ولو عمد رجل فاشترط فقال ان أدركنى درك فى الدار فعليك أن تخلص لى الدار بما يكون من مالك وتخلصها بما بلغت وعلى ذلك اشترى وبه عقد بيعه لكان هذا فاسداً لا يحل ولنقضت به البيع

﴿ فى الحمالة فى البيع بعينه وبيع الغائب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ما كان بعينه مما اشتريته أيجوز أن اخذ به كفيلا (قال) لا يجوز ذلك عندى ولم أسمعه من مالك الا أن مالكا قال لا يجوز أن يشترط أن يكون ضامنا اذا باع سلعة بعينها أن يكون ضامنا لها ان تلفت فعليه شرواها فكذلك الكفالة ﴿ وقال غيره ﴾ هذا من الاصل الذى بينته لك قبله ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اشتريت منه عبداً أو دابة غائبة وأخذت منه كفيلا بها (قال) لا يكون في هذا كفالة لأنه انما اشترى منه غائبا بعينه ألا ترى أنه لو ماتت الدابة أو العبد لم يضمن البائع شيئاً ولا يصلح النقد فيه ﴿ قلت ﴾ فان كانت غيبة قريبة مما يصلح النقد فيها لم تصلح الكفالة فيه أيضا (قال) نعم

﴿ فى الرجل يعتق عبده على مال ويأخذ منه بالمال حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أعتقت عبدى على ألف درهم وأخذت منه بها كفيلا أيجوز هذا أم لا فى قول مالك (قال) نعم ذلك جائز عند مالك وانما الذى لا تجوز الكفالة فيه كتابة المكاتب

﴿ في الكفالة بكتابة المكاتب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الكفالة لرجل بكتابة مكاتبه أتجوز أم لا (قال) قال مالك لا تجوز ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كاتبت عبدى على مال فأتى رجل فقال لى عجل عتقه وأنا كفيل

لك بكتابته ففعلت أتلزمه الكفالة أم لا فى قول مالك (قال) الكفالة له لازمة لأن مالكا قال لو أن رجلا أعتق عبده على مال على أن تكفل بذلك المال رجل ان ذلك جائز لازم للكفيل فكذلك مسألتك ﴿ قلت ﴾ أرأيت هذا الكفيل الذى أدى من المكاتب هذا المال أيكون له أن يرجع بذلك على المكاتب (قال) نعم فى رأيى ولم أسمعه من مالك

﴿ فى الغريم يؤخذ منه قبل محل الاجل أو بعد محل الاجل حميل أو رهن على أن يؤخر الى أبعد من الاجل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا أعطى غريمه حميلا قبل محل أجل دينه على أن يؤخره الى أبعد من الأجل (قال) قال مالك لا يصلح ذلك (قال) وان حل حقه فلا بأس أن يأخذ منه حميلا ويؤخره الى أبعد من الأجل (قال مالك) وكذلك لو رهنه قبل الاجل على أن يؤخره فلا يصلح وان رهنه بعد ما حل الاجل على أن يؤخره فلا بأس به (وقال غيره) واذا كان الرهن أو الحميل قبل محل الحق على أن يؤخره الى أبعد من الاجل فهذا لا يجوز وهذا لا يكون الرهن به رهنا وان كان مقبوضاً ولا يكون قبضه له قبضا ان فلس الغريم ان يكون أحق به من الغرماء ولا يكون على الحميل شئ أيضاً لانه لم يخرج بما ارتهن ولا بما أخذ له الحميل شئ مبتدأ انما كان دين في ذمته لم يكن يجوز له أخذه فلا يجوز أن يبقى فى يديه الوثيقة منه لانه يشبه سلفا جر منفعة وهو باق فى الذمة كما كان ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان حط عنه بعض ماله عليه قبل الاجل على أن أعطاه حميلاً ورهناً ببقية الحق (قال) هذا لا بأس به (قال) وقال مالك كل من كان له حق على رجل الى أجل من الآجال فأخذ منه حميلا قبل محل الاجل أو رهنه رهنا الى أبعد من الاجل فلا خير فيه (قال ابن القاسم) لان ذلك عنده كأنه سلف أسلفه على أن يزداد فى سلفه (قال) واذا حل الاجل فلا بأس به (قال ابن القاسم) لان ذلك حينئذ بمنزلة من أسلف سلفاً عن ظهر يد وأخذ به حميلا ﴿ قال مالك ﴾ والرهن مثله اذا رهنه قبل محل الاجل على أن يؤخره الى أبعد من محل الاجل فلا يجوز

ليست له فقال للمشترى اشترها منى فان لم يسلم لك ذلك صاحبها فعلى خلاصها لك فهذ لا يجوز وهـذا قول مالك والبيع فيها مردود ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط فى البيع الاول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص انما كتبوه على وجه الثقة والتشديد لنقضت البيع به ولو عمد رجل فاشترط فقال ان أدركنى درك فى الدار فعليك أن تخلص لى الدار بما يكون من مالك أو تخلصها بما بلغت وعلى ذلك اشترى وبه عقد بيعه لكان هذا فاسداً لا يحل ولنقضت به البيع

﴿ فى الحمالة فى البيع بعينه وبيع الغائب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ما كان بعينه مما اشتريته أيجوز أن اخذ به كفيلا (قال) لا يجوز ذلك عندى ولم أسمعه من مالك الا أن مالكا قال لا يجوز أن يشترط أن يكون ضامنا اذا باع سلعة بعينها أن يكون ضامنا لها ان تلفت فعليه شرواها فكذلك الكفالة ﴿ وقال غيره ﴾ هـذا من الاصل الذى بينته لك قبله ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اشتريت منه عبداً أو دابة غائبة وأخذت منه كفيلا بها (قال) لا يكون في هذا كفالة لأنه انما اشترى منه غائبا بعينه ألا ترى أنه لو ماتت الدابة أو العبد لم يضمن البائع شيئاً ولا يصلح النقد فيه ﴿ قلت ﴾ فان كانت غيبة قريبة مما يصلح النقد فيها لم تصلح الكفالة فيه أيضا (قال) نعم

﴿ فى الرجل يعتق عبده على مال ويأخذ منه بالمال حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أعتقت عبدى على ألف درهم وأخذت منه بها كفيلا أيجوز هذا أم لا فى قول مالك (قال) نعم ذلك جائز عند مالك وانما الذى لا تجوز الكفالة فيه كتابة المكاتب

﴿ في الكفالة بكتابة المكاتب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الكفالة لرجل بكتابة مكاتبه أتجوز أم لا (قال) قال مالك لا تجوز ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كاتبت عبدى على مال فأتى رجل فقال لى عجل عتقه وأنا كفيل

لك بكتابته ففعلت أتلزمه الكفالة أم لا فى قول مالك (قال) الكفالة له لازمة لان مالكا قال لو أن رجلا أعتق عبده على مال على أن تكفل بذلك المال رجل ان ذلك جائز لازم للكفيل فكذلك مسألتك ﴿ قلت ﴾ أرأيت هذا الكفيل الذى أدى عن المكاتب هـذا المال أيكون له أن يرجع بذلك على المكاتب (قال) نعم فى رأيى ولم أسمعه من مالك

﴿ فى الغريم يؤخذ منه قبل محل الاجل أو بعد محل الاجل حميل أو رهن على أن يؤخر الى أبعد من الاجل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا أعطى غريمه حميلا قبل محل أجل دينه على أن يؤخره الى أبعد من الأجل (قال) قال مالك لا يصلح ذلك (قال) وان حل حقه فلا بأس أن يأخذ منه حميلا ويؤخره الى أبعد من الأجل (قال مالك) وكذلك لو رهنه قبل الاجل على أن يؤخره فلا يصلح وان رهنه بعد ماحل الاجل على أن يؤخره فلا بأس به (وقال غيره) واذا كان الرهن أو الحميل قبل محل الحق على أن يؤخره الى أبعد من الاجل فهذ لا يجوز وهذ لا يكون الرهن به رهنا وان كان مقبوضاً ولا يكون قبضه له قبضا ان فلس الغريم ان يكون أحق به من الغرماء ولا يكون على الحميل شئ أيضاً لانه لم يخرج بما ارتهن ولا بما أخذ له الحميل شئ مبتدأ انما كان دين في ذمته لم يكن يجوز له أخذه فلا يجوز أن يبقى فى يديه الوثيقة منه لانه يشبه سلفا جر منفعة وهو باق فى الذمة كما كان ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان حط عنه بعض ماله عليه قبل الاجل على أن أعطاه حميلا ورهنا ببقية الحق (قال) هذا لا بأس به (قال) وقال مالك كل من كان له حق على رجل الى أجل من الآجال فأخذ منه حميلا قبل محل الاجل أو رهنه رهنا الى أبعد من الاجل فلا خير فيه (قال ابن القاسم) لان ذلك عنده كأنه سلف أسلفه على أن يزداد فى سلفه (قال) واذا حل الاجل فلا بأس به (قال ابن القاسم) لان ذلك حينئذ بمنزلة من أسلف سلفاً عن ظهر يد وأخذ به حميلا ﴿ قال مالك ﴾ والرهن مثله اذا رهنه قبل محل الاجل على أن يؤخره الى أبعد من محل الاجل فلا يجوز

ليست له فقال للمشتري اشترها مني فان لم يسلم لك ذلك صاحبها فعلي خلاصها لك فهذا لا يجوز وهذا قول مالك والبيع فيها مردود ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط في البيع الاول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص انما كتبوه على وجه الثقة والتشديد لنقضت البيع به ولو عمد رجل فاشترط فقال ان أدركني درك في الدار فعليك أن تخلص لي الدار بما يكون من مالك أو تخلصها بما بلغت وعلى ذلك اشترى وبه عقد بيعه لكان هذا فاسداً لا يحل ولنقضت به البيع

﴿ في الحمالة في البيع بعينه وبيع الغائب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ما كان بعينه مما اشتريته أيجوز أن آخذ به كفيلا (قال) لا يجوز ذلك عندي ولم أسمعه من مالك الا أن مالكا قال لا يجوز أن يشترط أن يكون ضامنا اذا باع سلعة بعينها أن يكون ضامنا لها ان تلفت فعليه شرواها فكذلك الكفالة ﴿ وقال غيره ﴾ هذا من الاصل الذي بينته لك قبله ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اشتريت منه عبداً أو دابة غائبة وأخذت منه كفيلا بها (قال) لا يكون في هذا كفالة لأنه انما اشترى منه غائبا بعينه ألا ترى أنه لو ماتت الدابة أو العبد لم يضمن البائع شيئاً ولا يصلح النقد فيه ﴿ قلت ﴾ فان كانت غيبة قريبة مما يصلح النقد فيها لم تصلح الكفالة فيه أيضا (قال) نعم

﴿ في الرجل يعتق عبده على مال ويأخذ منه بالمال حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أعتقت عبدي على ألف درهم وأخذت منه بها كفيلا أيجوز هذا أم لا في قول مالك (قال) نعم ذلك جائز عند مالك وانما الذي لا تجوز الكفالة فيه كتابة المكاتب

﴿ في الكفالة بكتابة المكاتب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الكفالة لرجل بكتابة مكاتبه أتجوز أم لا (قال) قال مالك لا تجوز ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كاتبت عبدي على مال فأتى رجل فقال لي عجل عتقه وأنا كفيل

لك بكتابته ففعلت أتلزمه الكفالة أم لا في قول مالك (قال) الكفالة له لازمة لان مالكا قال لو أن رجلا أعتق عبده على مال على أن تكفل بذلك المال رجل ان ذلك جائز لازم للكفيل فكذلك مسألتك ﴿ قلت ﴾ أرأيت هذا الكفيل الذي أدى عن المكاتب هذا المال أيكون له أن يرجع بذلك على المكاتب (قال) نعم في رأيي ولم أسمعه من مالك

﴿ في الغريم يؤخذ منه قبل محل الاجل أو بعد محل الاجل حميل أو رهن ﴾ ﴿ على أن يؤخر الى أبعد من الاجل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا أعطي غريمه حميلا قبل محل أجل دينه على أن يؤخره الى أبعد من الأجل (قال) قال مالك لا يصلح ذلك (قال) وان حل حقه فلا بأس أن يأخذ منه حميلا ويؤخره الى أبعد من الأجل (قال مالك) وكذلك لو رهنه قبل الاجل على أن يؤخره فلا يصلح وان رهنه بعد ما حل الاجل على أن يؤخره فلا بأس به (وقال غيره) واذا كان الرهن أو الحميل قبل محل الحق على أن يؤخره الى أبعد من الاجل فهذا لا يجوز وهذا لا يكون الرهن به رهنا وان كان مقبوضاً ولا يكون قبضه له قبضا ان فلس الغريم ان يكون أحق به من الغرماء ولا يكون على الحميل شئ أيضاً لانه لم يخرج بما ارتهن ولا بما أخذ له حميل شئ مبتدأ انما كان دين في ذمته لم يكن يجوز له أخذه فلا يجوز أن يبقى في يديه الوثيقة منه لانه يشبه سلفا جر منفعة وهو باق في الذمة كما كان ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان حط عنه بعض ماله عليه قبل الاجل على أن أعطاه حميلا ورهنا ببقية الحق (قال) هذا لا بأس به (قال) وقال مالك كل من كان له حق على رجل الى أجل من الآجال فأخذ منه حميلا قبل محل الاجل أو رهنه رهنا الى أبعد من الاجل فلا خير فيه (قال ابن القاسم) لان ذلك عنده كانه سلف أسلفه على أن يزداد في سلفه (قال) واذا حل الاجل فلا بأس به (قال ابن القاسم) لان ذلك حينئذ بمنزلة من أسلف سلفاً عن غير يد وأخذ به حميلا ﴿ قال مالك ﴾ والرهن مثله اذا رهنه قبل محل الاجل على أن يؤخره الى أبعد من محل الاجل فلا يجوز

ليست له فقال للمشتري اشترها مني فان لم يسلم لك ذلك صاحبها فعلي خلاصها لك فهذا لا يجوز وهذا قول مالك والبيع فيها مردود ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط في البيع الاول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص انما كتبوه على وجه الثقة والتشديد لنقضت البيع به ولو عمد رجل فشترط فقال ان أدركني درك في الدار فمليك أن تخلص لي الدار بما يكون من ثمنٍ أو تخلصها بما بلغت وعلى ذلك اشترى وبه عقد بيعه لكان هذا فاسداً لا يحل ولنقضت به البيع

﴿ في الحمالة في البيع بعينه وبيع الغائب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ما كان بعينه مما اشتريته أيجوز أن اخذ به كفيلا (قال) لا يجوز ذلك عندي ولم أسمعه من مالك الا أن مالكا قال لا يجوز أن يشترط أن يكون ضامنا اذا باع سلعة بعينها أن يكون ضامنا لها ان تلفت فعليه شرواها فكذلك الكفالة ﴿ وقال غيره ﴾ هذا من الاصل الذي ينتهك قبله ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اشتريت منه عبداً أو دابة غائبة وأخذت منه كفيلا بها (قال) لا يكون في هذا كفالة لأنه انما اشترى منه غائبا بعينه ألا ترى أنه لو ماتت الدابة أو العبد لم يضمن البائع شيئاً ولا يصلح النقد فيه ﴿ قلت ﴾ فان كانت غيبة قريبة مما يصلح النقد فيها لم تصلح الكفالة فيه أيضا (قال) نعم

﴿ في الرجل يعتق عبده على مال ويأخذ منه بالمال حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أعتقت عبدي على ألف درهم وأخذت منه بها كفيلا أيجوز هذا أم لا في قول مالك (قال) نعم ذلك جائز عند مالك وانما الذي لا تجوز الكفالة فيه كتابة المكاتب

﴿ في الكفالة بكتابة المكاتب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الكفالة لرجل بكتابة مكاتبه أتجوز أم لا (قال) قال مالك لا تجوز ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كاتبت عبدي على مال فأتى رجل فقال لي عجل عتقه وأنا كفيل

لك بكتابته ففعلت أتلزمه الكفالة أم لا في قول مالك (قال) الكفالة له لازمة لان مالكا قال لو أن رجلا أعتق عبده على مال على أن تكفل بذلك المال رجل ان ذلك جائز لازم للكفيل فكذلك مسألتك ﴿ قلت ﴾ أرأيت هذا الكفيل الذي أدى عن المكاتب هذا المال أيكون له أن يرجع بذلك على المكاتب (قال) نعم في رأيي ولم أسمعه من مالك

﴿ في الغريم يؤخذ منه قبل محل الاجل أو بعد محل الاجل حميل أو رهن على أن يؤخر الى أبعد من الاجل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا أعطى غريمه حميلا قبل محل أجل دينه على أن يؤخره الى أبعد من الأجل (قال) قال مالك لا يصلح ذلك (قال) وان حل حقه فلا بأس أن يأخذ منه حميلا ويؤخره الى أبعد من الأجل (قال مالك) وكذلك لو رهنه قبل الاجل على أن يؤخره فلا يصلح وان رهنه بعد ما حل الاجل على أن يؤخره فلا بأس به (وقال غيره) واذا كان الرهن أو الحميل قبل محل الحق على أن يؤخره الى أبعد من الاجل فهذا لا يجوز وهذا لا يكون الرهن به رهنا وان كان مقبوضاً ولا يكون قبضه له قبضا ان فلس الغريم أن يكون أحق به من الغرماء ولا يكون على الحميل شئ أيضاً لانه لم يخرج بما ارتهن ولا بما أخذ له الحميل شئ مبتدأ انما كان دين في ذمته لم يكن يجوز له أخذه فلا يجوز أن يبقى في يديه الوثيقة منه لانه يشبه سلفا جر منفعة وهو باق في الذمة كما كان ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان حط عنه بعض ماله عليه قبل الاجل على أن أعطاه حميلا أو رهنا ببقية الحق (قال) هذا لا بأس به (قال) وقال مالك كل من كان له حق على رجل الى أجل من الآجال فأخذ منه حميلا قبل محل الاجل أو رهنه رهنا الى أبعد من الأجل فلا خير فيه (قال ابن القاسم) لان ذلك عنده كأنه سلف أسلفه على أن يزداد في سلفه (قال) واذا حل الاجل فلا بأس به (قال ابن القاسم) لان ذلك حينئذ بمنزلة من أسلف سلفاً عن ظهر يد وأخذ به حميلا ﴿ قال مالك ﴾ والرهن مثله اذا رهنه قبل محل الاجل على أن يؤخره الى أبعد من محل الاجل فلا يجوز

ولا محل وان كان بعد محل الاجل فلا بأس به

﴿ في الغريم الى أجل يؤخذ منه حميل ﴾
﴿ أو رهن بالقضاء قبل محل الاجل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت منه حميلا قبل محل الاجل على أن يوفيني قبل محل الاجل (قال) لا بأس بذلك لانه لاتهمة هاهنا وكذلك الرهن ﴿ قلت ﴾ وكذلك ان أعطاني حميلا أو رهنا قبل محل الاجل على أن يعطيني حقي عند محل الاجل أيجوز هذا أم لا (قال) لا بأس به ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت منه حميلا قبل محل الاجل وكان ديني عليه محله الى سنة فأعطاني كفيلا بحقي الى ستة أشهر (قال) هذا لا بأس به لان هذا لاتهمة فيه ألا ترى أنه عجل الدين الذي عليه قبل محل الاجل وزاده مع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك

﴿ في الحميل يأتي بالغريم بعد محل الاجل ﴾
﴿ قبل أن يقضي على الحميل بالمال ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان قلت لرجل أنا كفيل لك بفلان الى غد فان لم أوافك به فأنا ضامن للمال فمضى الغد فقلت قد وفيتك به وقال لم توافني به (قال) يقيم البينة أنه قد وافاه به والا غرم المال ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيي ﴿ قلت ﴾ فان وافاه بعد الغد قبل أن يحكم السلطان عليه (قال) ذلك له جائز ويبرأ من المال ولا يكون عليه غرم ﴿ سحنون ﴾ وكذلك يقول غيره من الرواة

﴿ في الرجل يطلب قبل الرجل حقا فيطلب منه حميلا بالخصومة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا طلب قبل رجل حقا وقد كانت بينهما خلطة في معاملة فقال الطالب للمطلوب أعطني كفيلا حتى أقيم بينتي عند القاضي (قال) لا أرى ذلك عليه ولكن يطالب بينته ﴿ قلت ﴾ وليس له أن يأخذ عليه كفيلا بوجهه حتى يثبت حقه (قال) لا ﴿ وقال غيره ﴾ اذا ثبتت المعاملة بينهما فله عليه كفيل بنفسه ليوقع البينة

على عينه ﴿ قلت ﴾ فان قال أعطني وكيلا بالخصومة حتى أقيم بينتي (قال) لا أرى أن يعطيه وكيلا بالخصومة اذا لم يرد المطلوب أن يوكل لانا نقبل بينة هذا الطالب على المطلوب وان كان غائبا فلا يلزم المطلوب أن يقيم وكيلا الا أن يشاء المطلوب ان يوكل من يدفع عنه

﴿ في الرجل يقضي له القاضي بالقضية أيأخذ منه كفيلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أقمت البينة أن هذه الدار داري أو دار أبي أو دار جدي أو ان هذا المتاع متاعي أو متاع أبي مات وتركه ميراثا لا يعلم له وارث غيري فقضى لي القاضي هل كان مالك يأمر القاضي أن يأخذ مني كفيلا اذا أراد أن يدفع الي ذلك الشئ في قول مالك (قال) ان الكفيل الذي تأخذه القضاة في هذا انما هو جور وتعد وليس عليهم اذا استحقوا حقوقهم أن يأتوا بكفلاء بل يعطون حقوقهم بغير كفالة

﴿ في الرجل يكون له على الرجل الطعام الى أجل فيأخذ به منه كفيلا ﴾
﴿ فيصالحه الكفيل قبل الاجل أو بعده على أدنى أو أقل أو أجود ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن لي على رجل طعاما الى أجل من سلم أو قرض أخذت منه كفيلا فلما حل الاجل أعطاني الكفيل بعض طعامي على أن تركت له بعضا أو قبل أن يحل الاجل أعطاني بعض الطعام على أن تركت له بعض الطعام (قال) لا يصلح ذلك اذا لم يحل الاجل لانه يدخله ضع عني وتعجل فأما اذا حل الاجل فلا بأس بذلك ولا يرجع الكفيل على الذي عليه الحق الا بما أدى الى الطالب لان مالكا قال في الذي عليه الحق لو أخذ بعض حقه منه على أن ترك له ما بقي قبل الاجل لم يجز هذا لانه وضع وتعجل فاذا حل الاجل فلا بأس بذلك وكذلك الكفيل عندي مثل الذي عليه الاصل ﴿ قلت ﴾ أرأيت الكفيل اذا صالح الذي له الحق على حنطة مثل كيل حنطته قبل أن يحل الاجل الا أنها أجود من شرط الطالب أو أدنى من شرطه (قال) لا يجوز ذلك لان مالكا قال لا يجوز أن يصالح الذي عليه

ولا يحال وان كان بعد محل الاجل فلا بأس به

﴿ فى الغريم الى أجل يؤخذ منه حميل أورهن بالقضاء قبل محل الاجل ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت منه حميلا قبل محل الاجل على أن يوفيني قبل محل الاجل (قال) لا بأس بذلك لانه لاتهمة هاهنا وكذلك الرهن ﴿ قلت ﴾ وكذلك ان أعطاني حميلا أو رهنا قبل محل الاجل على أن يعطيني حقي عند محل الاجل أيجوز هذا أم لا (قال) لابأس به ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت منه حميلا قبل محل الاجل وكان ديني عليه محله الى سنة فأعطاني كفيلا بحقي الى ستة أشهر (قال) هذا لا بأس به لان هذا لاتهمة فيه ألا ترى أنه عجل الدين الذي عليه قبل محل الاجل وزادمع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك

﴿ فى الحميل يأتى بالغريم بعد محل الاجل قبل أن يقضي على الحميل بالمال ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان قلت لرجل أنا كفيل لك بفلان الى غد فان لم أوافك به فأنا ضامن للمال فمضى الغد فقلت قد وفيتك به وقال لم توافني به (قال) يقيم البينة أنه قد وافاه به والا غرم المال ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيي ﴿ قلت ﴾ فان وافاه بعد الغد قبل أن يحكم السلطان عليه (قال) ذلك له جائز ويبرأ من المال ولا يكون عليه غرم ﴿ سحنون ﴾ وكذلك يقول غيره من الرواة

﴿ فى الرجل يطلب قبل الرجل حقاً فيطلب منه حميلا بالخصومة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا طلب قبل رجل حقاً وقد كانت بينهما خلطة فى معاملة فقال الطالب للمطلوب أعطني كفيلا حتى أقيم بينتي عند القاضي (قال) لا أرى ذلك عليه ولكن يطلب بينته ﴿ قلت ﴾ وليس له أن يأخذ عليه كفيلا بوجهه حتى يثبت حقه (قال) لا ﴿ وقال غيره ﴾ اذا ثبتت المعاملة بينهما فله عليه كفيل بنفسه ليوقع البينة

على عينه ﴿ قلت ﴾ فان قال أعطني وكيلا بالخصومة حتى أقيم بينتي (قال) لا أرى أن يعطيه وكيلا بالخصومة اذا لم يرد المطلوب أن يوكل لانا نقبل بينة هذا الطالب على المطلوب وان كان غائبا فلا يلزم المطلوب أن يقيم وكيلا الا أن يشاء المطلوب ان يوكل من يدفع عنه

﴿ فى الرجل يقضى له القاضي بالقضية أيأخذ منه كفيلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أقمت البينة أن هذه الدار دار أبي أو دار جدي أو ان هذا المتاع متاعي أو متاع أبي مات وتركه ميراثا لا يعلم له وارث غيري فقضى لي القاضي هل كان مالك يأمر القاضي أن يأخذ مني كفيلا اذا أراد أن يدفع الي ذلك الشئ في قول مالك (قال) ان الكفيل الذي تأخذه القضاة فى هذا انما هو جور وتعدٍّ وليس عليهم اذا استحقوا حقوقهم أن يأتوا بكفلاء بل يعطون حقوقهم بغير كفالة

﴿ فى الرجل يكون له على الرجل الطعام الى أجل فيأخذ به منه كفيلا فيصالحه الكفيل قبل الاجل أو بعده على أدنى أو أقل أو أجود ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن لي على رجل طعاما الى أجل من سلم أو قرض أخذت منه كفيلا فلما حل الاجل أعطاني الكفيل بعض طعامي على أن تركت له بعضا أو قبل أن يحل الاجل أعطاني بعض الطعام على أن تركت له بعض الطعام (قال) لا يصالح ذلك اذا لم يحل الاجل لانه يدخله ضع عني وتعجل فأما اذا حل الاجل فلا بأس بذلك ولا يرجع الكفيل على الذي عليه الحق الا بما أدى الى الطالب لان مالكا قال في الذي عليه الحق لو أخذ بعض حقه منه على أن ترك له ما بقي قبل الاجل لم يجز هذا لانه وضع وتعجل فاذا حل الاجل فلا بأس بذلك وكذلك الكفيل عندي مثل الذي عليه الاصل ﴿ قلت ﴾ أرأيت الكفيل اذا صالح الذي له الحق على حنطة مثل كيل حنطته قبل أن يحل الاجل الا أنها أجود من شرط الطالب أو أدنى من شرطه (قال) لا يجوز ذلك لأن مالكا قال لا يجوز أن يصالح الذي عليه

الحق الطالب قبل محل الاجل على حنطة مثل كيل حنطته اذا كانت أجود من حنطته أو أدنى ﴿قلت﴾ فان حل الاجل (قال) لا خير في ذلك اذا حل الاجل أن يصالحه الكفيل على مثل كيل حنطته أو أجود اذا كانت من صنفها أو أدنى منها اذا كانت التي عليه سمراء كلها أو محمولة كلها وان أخذ أيضاً أجود من حنطته وأدنى من كيلها فلا خير فيه وان كانت من صنف واحد واذا أخذ مثل كيل طعامه فلا خير في أن يأخذ أجود اذا كانت من الصنف أو أدنى منه ولا بأس أن يصالح الطالب اذا حل الاجل الذي عليه الحق على مثل كيل حنطته أو أجود منه أو أدنى والكفيل اذا صالح بأجود أو أدنى صار يتبع بغير ما أعطى فصار في التسليف بيع الطعام قبل استيفائه والذى عليه الاصل ليس كذلك لان ذلك يصير بدلا وتبرأ ذمته واذا أعطى الكفيل غير ما تحمل به كان الذى عليه الدين بالخيار ان شاء أعطاه مثل ما أعطى الكفيل وان شاء أعطاه مثل ما كان عليه فصار بيع الطعام قبل الاستيفاء ولا بأس على الكفيل أن يعطى أجود أو أدنى من الصنف في القرض مثل المكيلة اذا حل الاجل وان لم يحل الاجل فلا خير في أن يعطى في القرض أجود أو أدنى

﴿في الرجل يدرك قبل الطالب حقاً أيدفع اليه﴾
﴿ولا يأخذ منه حميلا﴾

﴿قلت﴾ أرأيت ان أقمت البينة على رجل غائب بحق لى وللغائب مال حاضر أيبيعه القاضى ويعطيني حقي من غير أن يأخذ منى كفيلا (قال) الذى كنا نسمع من قول مالك أنه كان ينكر أن يأخذ منه كفيلا بحقه الذى حكم له به وأما ما ذكرت من مال الغائب فانه يباع لهذا اذا ثبت حقه ﴿قلت﴾ رباعا كانت أمواله أو غير رباع فانها تباع فى قول مالك (قال) نعم

﴿الدعوى فى الحمالة﴾

﴿قال سحنون﴾ وسألت ابن القاسم عن ثلاثة نفر اشتروا سلعة من رجل وكتب عليهم

أيهم شئت أخذت بحق وكل واحد حميل بما على صاحبه فمات أحد الثلاثة فادعى ورثة الهالك أنه قد دفع المال كله الى بائع السلعة وأقاموا شاهداً واحداً (قال) يحلفون مع شاهدهم ويبرؤن ويرجعون على الشريكين الباقيين بما أدى صاحبهما عنهما ﴿قلت﴾ فان أبى الورثة أن يحلفوا أترى للشريكين أن يحلفا (قال) لا لانهما يغرمان الا أن يقولا نحن أمرناه ووكلناه بالدفع عنه وعنا ودفعنا ذلك اليه وانما هو حق علينا وأتى الشاهد لنا فيحلفان ويبرآن ﴿قلت﴾ أرأيت ان قلت أنا كفيل لك بفلان الى غد فان لم أوافك به فأنا ضامن المال فمضى الغد فقلت قد وافيتك به وقال لم توافنى به (قال) يقيم البينة أنه قد وافاه والا غرم المال ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيى

﴿فى الحمالة في الحدود﴾

﴿قلت﴾ أرأيت الحدود أفيها كفالة (قال) لا كفالة في الحدود ﴿قلت﴾ لابن القاسم أرأيت لو أن رجلا شتمنى ولم يقذفنى فأخذت منه كفيلا بنفسه فهرب الرجل (قال) هذا انما هو أدب ولا تجوز الكفالة فى هذا ولم أسمع من مالك فيه شيئاً الا أن هذا رأيى أنه لا كفالة فى الحدود ولا فى التعزير ﴿ابن وهب﴾ وأخبرني مخرمة عن أبيه قال يقال لا تقبل حمالة فى دم ولا زنا ولا فى سرقة ولا فى شرب خمر ولا فى شئ من حدود الله وتقبل فيما سوى ذلك

﴿في كفالة الاخرس﴾

﴿قلت﴾ هل تجوز كفالة الاخرس في قول مالك أم لا (قال) لا أقوم على حفظ قول مالك الا أن الذى بلغنا عن مالك أنه قال ما أثبتت البينة أن الاخرس قد فهمه من طلاقه وشرائه ان ذلك جائز عليه وكذلك مسألتك

﴿فى الرجل يقر فى مرضه بالكفالة لوارث أو غير وارث﴾

﴿قلت﴾ أرأيت ان هو أقر أنه تكفل فى مرضه أتجوز الكفالة في ثلثه (قال) نعم اذا كان أجنبياً لان المعروف انما يجوز للمريض فى ثلثه للأجنبي ولا يجوز للوارث

من ذلك شيء ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كان هذا الذى أقر له بالكفالة فى مرضه أنه تكفل له فى مرضه صديقا ملاطفا أيجوز له الاقرار فى ثلث الميت (قال) نعم ذلك جائز لان الوصية له جائزة فى الثلث كذلك قال مالك الا أن يكون عليه دين يغترق ماله فلا تجوز وكذلك اذا أقر له بدين فانما يرد اذا كان عليه دين يغترق ماله ولا يرد اذا كان يورث بغير دين لانه لو أوصى له مع الورثة جازت وصيته ولو أوصى له مع الدين الذى يغترق ماله لم تجز فلذلك اتهم اذا كان صديقا ملاطفا اذا أقر له مع الدين لانه لا تجوز له وصية ولا يتهم اذا أقر له من غير دين وكان يورث بولد أو كلالة فالوصية له جائزة فى الثلث وهذا أحسن ما سمعت ﴿قلت﴾ فان كان الورثة أباعد انما هم عصبة (قال) نعم الوصية له جائزة في مسألتك هذه فى قول مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أقر فى مرضه فقال قد كنت أعتقت عبدى فى مرضى هذا أيجوز هذا في ثلثه (قال) كل ما أقرّ به أنه فعله فى مرضه فهو وصية وما أقرّ به فى الصحة فهو خلاف ما أقرّ به فى مرضه فان قام الذى أقرّ له بذلك وهو صحيح أخذ ذلك منه وان لم يقم حتى يمرض أو يموت فلا شيء لهم وان كانت لهم بينة الا العتق والكفالة فانه ان أقرّ به في الصحة وقامت على ذلك بينة أعتق في رأس ماله وان كانت الشهادة انما هى بعد الموت أخذت الكفالة من ماله وارثا كان أو غير وارث لانه دين قد ثبت في ماله فى صحته ﴿قلت﴾ أرأيت من أقرّ فى مرضه بكفالة أو قال قد كنت تكفلت في الصحة عن هذا الرجل بكفالة والرجل وارث او غير وارث (قال) قال مالك اقراره لوارث بالدين فى مرضه لا يجوز منه شيء ﴿ قال ﴾ وقال مالك فى الرجل يقر فى مرضه فيقول قد كنت تصدقت على فلان بدارى أو بدابتي فى صحتى أو كنت حبست فى صحتى خادمي أو دارى على فلان أو قد كنت أعتقت عبدى فى صحتى (قال) قال مالك لا يكون هذا فى ثلث ولا غيره واقراره هذا باطل كله (قال مالك) وان كان أوصى كانت الوصايا فى ثلث ما بقى بعد ذلك الشيء فان قصر الثلث عن وصيته لم يكن لأهل الوصايا فى ذلك شيء ولم تدخل

الوصايا فى شيء من ذلك الذى أقرّ به وانما الوصايا فيما بعد ذلك لانا قد علمنا أنه لم يرد أن تكون وصيته فيما أقر به وذلك الذى أقر به يرجع الى الورثة ميراثا ﴿قلت﴾ ولا تكون وصيته لمن أقر له بذلك (قال) نعم لا تكون له وصية

﴿ فى كفالة المريض ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت المريض اذا تكفل بكفالة أتجوز كفالته (قال) ذلك جائز فى ثلثه ألا ترى أن مالكا قد قال فى المرأة تكون تحت الزوج فتتكفل بكفالة ان ذلك فى ثلثها اذا لم تجاوز الثلث لانها محجورة عن جميع مالها وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله وانما يجوز له من ماله الثلث والكفالة معروف فانما يجوز ذلك فى ثلثه كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها فى ثلثها عند مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل فى مرضه بكفالة وداين الناس بعد الكفالة حتى اغترق الدين ماله أتسقط الكفالة ولا يحاص به الغرماء فى قول مالك (قال) هكذا ينبغي لان الدين أولى من الكفالة لان الكفالة فى الثلث والدين من رأس المال وكل شيء يكون فى جميع المال فالذى يكون فى جميع المال أولى بذلك ألا ترى لو أن رجلا أوصى لرجل بثلث ماله فركبه دين اغترق ماله أن الوصية تبطل فى قول مالك فكذلك الكفالة لانها معروف من المريض فى مرضه ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل فى مرضه لوارث أو لغير وارث فصح من مرضه ذلك أتلزمه الكفالة أم لا فى قول مالك (قال) نعم تلزمه الكفالة ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيي لانه لو تصدق على وارث فى مرضه بأمر بتله له ثم صح لزمته الصدقة اذا لم يكن على وجه الوصية وهو قول مالك

﴿ فى الرجل يستأجر الأجير يخدمه ويأخذ منه بالخدمة حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استأجرت رجلا يخدمنى شهراً وأخذت منه كفيلا بالخدمة (قال) لا خير فى هذا عند مالك (قال) لانى سألت مالكا عن الغلام يستأجر سنة فيموت فيريد أن يأخذ مكانه غلاما يعمل له عمله ويقول سيد الغلام أنا أدفع اليك

من ذلك شيء ﴿قلت﴾ أرأيت ان كان هـذا الذى أقر له بالكفالة فى مرضه أنه تكفل له فى مرضه صديقا ملاطفا أيجوز له الاقرار فى ثلث الميت (قال) نعم ذلك جائز لان الوصـية له جائزة فى الثلث كذلك قال مالك الا أن يكون عليـه دين يغترق ماله فلا تجوز وكذلك اذا أقر له بدين فانما يرد اذا كان عليه دين يغترق ماله ولا يرد اذا كان يورث بغـير دين لانه لو أوصى له مع الورثة جازت وصيته ولو أوصى له مع الدين الذى يغترق ماله لم تجز فلذلك اتهم اذا كان صديقا ملاطفا اذا أقرّ له مع الدين لانه لا تجوز له وصية ولا يتهم اذا أقر له من غـير دين وكان يورث بولد أو كلالة فالوصية له جائزة فى الثلث وهذا أحسن ما سمعت ﴿قلت﴾ فان كان الورثة أباعد انما هم عصبة (قال) نعم الوصية له جائزة في مسألتك هذه فى قول مالك ﴿قلت﴾ أرأيت ان أقر فى مرضه فقال قـد كنت أعتقت عبدى فى مرضى هذا أيجوز هذا في ثلثه (قال) كل ما أقرّ به أنه فعله فى مرضه فهو وصية وما أقرّ به فى الصحة فهو خلاف ما أقرّ به فى مرضه فان قام الذى أقرّ له بذلك وهو صحيح أخذ ذلك منه وان لم يقم حتى يمرض أو يموت فلا شيء لهم وان كانت لهم بينة الا العتق والكفالة فانه ان أقرّ به في الصحة وقامت على ذلك بينـة أعتق في رأس ماله وان كانت الشهادة انمـا هى بعد الموت أخذت الكفالة من ماله وارثا كان أو غـير وارث لانه دين قد ثبت في ماله فى صحته ﴿قلت﴾ أرأيت من أقرّ فى مرضه بكفالة أو قال قد كنت تكفلت فى الصحة عن هذا الرجل بكفالة والرجل وارث او غير وارث (قال) قال مالك اقراره لوارث بالدين فى مرضه لا يجوز منه شيء ﴿قال﴾ وقال مالك فى الرجل يقر فى مرضـه فيقول قد كنت تصـدقت على فلان بدارى أو بدابتي فى صحتى أو كنت حبست فى صحتى خادمي أو دارى على فـلان أو قد كنت أعتقت عبـدى فى صحتى (قال) قال مالك لا يكون هذا فى ثلث ولا غيره واقراره هذا باطل كله (قال مالك) وان كان أوصى كانت الوصايا فى ثلث ما بقى بعد ذلك الشيء فان قصر الثلث عن وصيته لم يكن لأهل الوصايا فى ذلك شيء ولم تدخل

الوصايا فى شيء من ذلك الذى أقرّ به وانمـا الوصايا فيما بعد ذلك لانا قد علمنا أنه لم يرد أن تكون وصيته فيما أقر به وذلك الذى أقر به يرجع الى الورثة ميراثا ﴿قلت﴾ ولا تكون وصيته لمن أقر له بذلك (قال) نعم لا تكون له وصية

﴿فى كفالة المريض﴾

﴿قلت﴾ أرأيت المريض اذا تكفل بكفالة أتجوز كفالته (قال) ذلك جائز فى ثلثه ألا ترى أن مالكا قد قال فى المرأة تكون تحت الزوج فتتكفل بكفالة ان ذلك فى ثلثها اذا لم تجاوز الثلث لانها محجورة عن جميع مالهـا وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله وانما يجوز له من ماله الثلث والكفالة معروف فانما يجوز ذلك فى ثلثه كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها فى ثلثها عند مالك ﴿قلت﴾ أرأيت ان تكفل فى مرضه بكفالة وداين الناس بعـد الكفالة حتى اغترق الدين ماله أتسقط الكفالة ولا يحاص به الغرماء فى قول مالك (قال) هكذا ينبغي لان الدين أولى من الكفالة لان الكفالة فى الثلث والدين من رأس المال وكل شيء يكون فى جميع المال فالذى يكون فى جميع المال أولى بذلك ألا ترى لو أن رجلا أوصى لرجل بثلث ماله فركبه دين اغترق ماله أن الوصية تبطل فى قول مالك فكذلك الكفالة لانها معروف من المريض فى مرضـه ﴿قلت﴾ أرأيت ان تكفل فى مرضـه لوارث أو لغير وارث فصح من مرضه ذلك أتلزمه الكفالة أم لا فى قول مالك (قال) نعم تلزمه الكفالة ﴿قلت﴾ وهـذا قول مالك (قال) هذا رأيى لانه لو تصدق على وارث فى مرضه بأمر بتله له ثم صح لزمته الصدقة اذ لم يكن على وجه الوصية وهو قول مالك

﴿فى الرجل يستأجر الأجير يخدمه ويأخذ منه بالخدمة حميلا﴾

﴿قلت﴾ أرأيت ان استأجرت رجلا يخدمنى شهراً وأخذت منه كفيلا بالخدمة (قال) لا خير فى هذا عند مالك (قال) لانى سألت مالكا عن الغلام يستأجر سنة فيموت فيريد أن يأخذ مكانه غلاما يعمل له عمله ويقول سيد الغـلام أنا أدفع اليك

من ذلك شيء ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كان هذا الذي أقر له بالكفالة في مرضه أنه تكفل له في مرضه صديقا ملاطفا أيجوز له الاقرار في ثلث الميت (قال) نعم ذلك جائز لان الوصية له جائزة في الثلث كذلك قال مالك الا أن يكون عليه دين يغترق ماله فلا تجوز وكذلك اذا أقر له بدين فانما يرد اذا كان عليه دين يغترق ماله ولا يرد اذا كان يورث بغير دين لانه لو أوصى له مع الورثة جازت وصيته ولو أوصى له مع الدين الذي يغترق ماله لم تجز فلذلك اتهم اذا كان صديقا ملاطفا اذا أقر له مع الدين لانه لا تجوز له وصية ولا يتهم اذا أقر له من غير دين وكان يورث بولد أو كلالة فالوصية له جائزة في الثلث وهذا أحسن ما سمعت ﴿قلت﴾ فان كان الورثة أباعد انما هم عصبة (قال) نعم الوصية له جائزة في مسألتك هذه في قول مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أقر في مرضه فقال قد كنت أعتقت عبدي في مرضي هذا أيجوز هذا في ثلثه (قال) كل ما أقرّ به أنه فعله في مرضه فهو وصية وما أقرّ به في الصحة فهو خلاف ما أقرّ به في مرضه فان قام الذي أقرّ له بذلك وهو صحيح أخذ ذلك منه وان لم يقم حتى يمرض أو يموت فلا شيء لهم وان كانت لهم بينة الا العتق والكفالة فانه ان أقرّ به في الصحة وقامت على ذلك بينة أعتق في رأس ماله وان كانت الشهادة انما هي بعد الموت أخذت الكفالة من ماله وارثا كان أو غير وارث لانه دين قد ثبت في ماله في صحته ﴿قلت﴾ أرأيت من أقرّ في مرضه بكفالة أو قال قد كنت تكفلت في الصحة عن هذا الرجل بكفالة والرجل وارث او غير وارث (قال) قال مالك اقراره لوارث بالدين في مرضه لا يجوز منه شيء ﴿ قال ﴾ وقال مالك في الرجل يقر في مرضه فيقول قد كنت تصدقت على فلان بداري أو بدابتي في صحتي أو كنت حبست في صحتي خادمي أو داري على فلان أو قد كنت أعتقت عبدي في صحتي (قال) قال مالك لا يكون هذا في ثلث ولا غيره واقراره هذا باطل كله (قال مالك) وان كان أوصى كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعد ذلك الشيء فان قصر الثلث عن وصيته لم يكن لأهل الوصايا في ذلك شيء ولم تدخل

الوصايا في شيء من ذلك الذي أقرّ به وانما الوصايا فيما بعد ذلك لانا قد علمنا انه لم يرد أن تكون وصيته فيما أقر به وذلك الذي أقر به يرجع الى الورثة ميراثا ﴿قلت﴾ ولا تكون وصيته لمن أقر له بذلك (قال) نعم لا تكون له وصية

﴿ في كفالة المريض ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت المريض اذا تكفل بكفالة أتجوز كفالته (قال) ذلك جائز في ثلثه ألا ترى أن مالكا قد قال في المرأة تكون تحت الزوج فتتكفل بكفالة ان ذلك في ثلثها اذا لم تجاوز الثلث لانها محجورة عن جميع مالها وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله وانما يجوز له من ماله الثلث والكفالة معروف فانما يجوز ذلك في ثلثه كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها في ثلثها عند مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل في مرضه بكفالته وداين الناس بعد الكفالة حتى اغترق الدين ماله أتسقط الكفالة ولا يحاص به الغرماء في قول مالك (قال) هكذا ينبغي لان الدين أولى من الكفالة لان الكفالة في الثلث والدين من رأس المال وكل شيء يكون في جميع المال فالذي يكون في جميع المال أولى بذلك ألا ترى لو أن رجلا أوصى لرجل بثلث ماله فركبه دين اغترق ماله أن الوصية تبطل في قول مالك فكذلك الكفالة لانها معروف من المريض في مرضه ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل في مرضه لوارث أو لغير وارث فصح من مرضه ذلك أتلزمه الكفالة أم لا في قول مالك (قال) نعم تلزمه الكفالة ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيي لانه لو تصدق على وارث في مرضه بأمر بتله له ثم صح لزمته الصدقة اذا لم يكن على وجه الوصية وهو قول مالك

﴿ في الرجل يستأجر الأجير يخدمه ويأخذ منه بالخدمة حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استأجرت رجلا يخدمني شهرا وأخذت منه كفيلا بالخدمة (قال) لا خير في هذا عند مالك (قال) لاني سألت مالكا عن الغلام يستأجر سنة فيموت فيريد أن يأخذ مكانه غلاما يعمل له عمله ويقول سيد الغلام أنا أدفع اليك

غلاما يعمل لك مكانه (قال مالك) لا خير في هذا لانه من قبل الدين بالدين لانك تفسخ دينك في دين لا تستوفيه مكانك فالحمالة في مثل هذا لا تجوز لانه لو مات الغلام لم يكن على الحميل أن يأتي بغلام آخر يخدمه

﴿ في الرجل يستأجر خياطا يخيط ويأخذ منه بالخياطة حميلا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان دفعت ثوبا الى خياط وشرطت عليه أن يخيطه هو نفسه أيجوز في قول مالك أم لا (قال) ذلك جائز عند مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أخذت منه حميلا بالعمل (قال) ان كنت أخذت منه حميلا بالعمل ان مات الخياط أو عاش فلا خير في ذلك وان كنت أخذت منه حميلا على الحياة حتى يعمله لك فلا خير في ذلك وهو مثل الحميل بالخدمة ﴿ قال سحنون ﴾ وقد بينا هذا الاصل قبل هذا

﴿ في الرجل يكترى الراحلة بعينها ويأخذ من المكرى حميلا بالحمولة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استأجرت راحلة بعينها وأخذت من ربها حميلا بالحمولة أيجوز أم لا (قال) الحمالة بالحمولة لا تجوز في كراء الراحلة بعينها وأما ان أعطاه حميلا بالكراء ان ماتت الراحلة رد عليه ما بقي له فالحمالة جائزة وان كانت الحمالة في كراء مضمون فذلك جائز عند مالك ﴿ قال سحنون ﴾ وكذلك أجير الخياطة والخدمة

﴿ في الرجل يكتري كراء مضمونا ويأخذ حميلا بالحمولة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان كانت الحمالة في كراء مضمون أيجوز ذلك (قال) ذلك جائز عند مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اكتريت من رجل كراء مضمونا الى مكة وأخذت منه حميلا بالحمولة ففر المكرى وأخذت الحميل فاكترى لى ابلا الى مكة فحملني عليها بضعف ما اكتريت من صاحبي الذي فر ثم رجع صاحبي فقدر عليه الحميل بم يرجع عليه (قال) يرجع عليه الحميل بما اكترى الحميل ولا ينظر الى الكراء الاول والكراء الاول للمكرى الهارب وعلى الهارب أن يرد الى الحميل المال الذي اكترى به الحميل للمتكاري ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) قال مالك في

المكرى اذا هرب اكترى عليه ولزمه ما اكترى عليه به فهذا يدلك على الذي سألت عنه من قول مالك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اكتريت ولم آخذ منه حميلا ثم هرب المكاري فأتيت السلطان أيتكارى لي عليه السلطان (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ وأرجع عليه بما تكارت به عليه (قال) نعم

﴿ في كفالة العبيد بغير اذن ساداتهم ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت العبد التاجر والمكاتب هل تجوز كفالتهم (قال) لا تجوز كفالتهم ولا أحفظ من مالك في هذا شيئاً ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفل عبد أو مكاتب أو أم ولد أو مدبر بغير أمر سيده بكفالة أتجوز أم لا (قال) لا يجوز ذلك ﴿ قلت ﴾ فان لم يعلم السيد بذلك حتى عتقوا (قال) فالكفالة لازمة لهم ﴿ قلت ﴾ فان فسخ السيد الكفالة قبل أن يعتقوا ثم أعتقهم (قال) فلا كفالة عليهم لان مالكا قال لا تجوز صدقتهم ولا هبتهم فان أعتقهم السيد جاز ذلك الا أن يكون السيد رد ذلك قبل أن يعتقهم فيكون ذلك مردوداً وانظر كل معروف صنعه هؤلاء من كفالة أو حمالة أو صدقة أو هبة أو عطية أو نحل أو عتق أو غير ذلك من الاشياء مما هو معروف عند الناس فان ذلك اذا رده السيد قبل أن يعتق العبد فانه مردود وان أعتقه السيد بعد ما رده فليس يلزم العبد من ذلك قليل ولا كثير وان كان لم يرده السيد حتى أعتقه أو لم يعلم به فان ذلك جائز على العبد علم بذلك السيد أو لم يعلم ﴿ قلت ﴾ أرأيت العبد أتجوز كفالته أم لا تجوز (قال) لا يجوز ذلك وان كان مأذونا له في التجارة الا باذن سيده أو يكون عليه دين يغترق ماله فلا يجوز وان أذن له سيده

﴿ في كفالة العبيد باذن ساداتهم ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت حمالات العبيد ووكالاتهم في الخصومات أو غير ذلك باذن ساداتهم أجائزة هي في قول مالك (قال) نعم لاني سمعت مالكا وسئل عن الرجل يوكل عبده بقضاء دينه فيأتي العبد بشاهد واحد أنه قد قضاه قال مالك يحلف العبد

ويبرأ السيد ولا يحلف السيد (قال مالك) والعبد عندي فى هذه الوكالة بمنزلة أن لو كان حراً فهذا يدلك على مسئلتك ﴿قلت﴾ أرأيت ماتحمل به العبد من دين باذن سيده أين يكون ذلك أفى ذمته أم فى رقبته (قال) ان كان تحمل لسيده فأفلس السيد أو مات بيع العبد ان طلب صاحب الدين دينه قبل السيد وان رضى أن يترك السيد ويتبع العبد كان ذلك له فى ذمة العبد وان كان انما تحمل بالدين عن أجنبى بأمر السيد كان في ذمته ولايكون ذلك فى رقبته ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) هذا رأيى ﴿وقال غيره﴾ ليس ذلك له وانما يكون على العبد ماتجزعنه مال سيده فيكون فى ذمته يتبع بذلك الدين حيث كان ﴿قلت﴾ فان أذن له السيد بذلك (قال) ذلك جائز لان ذلك معروف منهم والمعروف من المكاتبين والعبيد وأمهات الاولاد والمدبرين جائز اذا أذن لهم ساداتهم ﴿وقال غيره﴾ لايجوز أن يجاز معروف المكاتب لان ذلك داعية الى رقه وليس له أن يرق نفسه بهبة ماله وليس ذلك لسيده ﴿قلت﴾ فان تكفل هؤلاء بسيدهم أيجوز ذلك (قال) نعم ذلك جائز لان معروف هؤلاء جائز اذا أذن لهم سيدهم فان تكفلوا به فان ذلك جائز عليهم لان ذلك بأمره ﴿قلت﴾ ويجبرهم سيدهم على أن يتكفلوا به (قال) لا ليس ذلك عليهم ولايجبر أحد من هؤلاء على أن يتحمل به الا أن يرضوا بذلك وان تكفلوا به على استكراه منهم لم يلزمهم

في كفالة العبد المديان باذن سيده

﴿قلت﴾ أرأيت العبد يكون عليه دين يغترق ماله فيأمره سيده فيتكفل بكفالة أيلزمه ذلك أم لا وهل لسيده أن يدخل على أهل الدين مايضرهم فى دينهم فى قول مالك (قال) قال مالك فى الحر يكون عليه دين يغترق ماله انه لايجوز عتقه ولا هبته ولا صدقته ولا كفالته لان هذا معروف والكفالة عنده من المعروف فلا يجوز أيضاً فأرى العبد بهذه المنزلة مثل الحر اذا كان الدين الذى على العبد قد اغترق ماله

في الرجل يجبر عبده على أن يكفل عنه

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن رجلا قال لعبده اكفل عنى بهذا المال فقال العبد لا أكفل فقال السيد اشهدوا أنى قد جعلته كفيلا بهذا المال أيلزم العبد ذلك أم لا والعبد يقول لا أرضى لانه يقول ان عتقت لزمتنى هذه الكفالة فلا أرضى (قال) ذلك عندي غير لازم للعبد (قال) وقال مالك فى الرجل يعتق عبده على أن عليه مائة دينار ان ذلك لازم للعبد وان كره العبد ذلك

في السيد يكفل عن عبده بالكفالة

﴿قلت﴾ أرأيت الرجل يبيع من عبده سلعة من السلع بدين الى أجل أو يتكفل عن عبده بكفالة فيؤدى السيد ذلك المال عن عبده فيعتقه أيكون ذلك المال دينا على العبد يتبعه به سيده أم لا فى قول مالك (قال) نعم يكون ذلك دينا عليه يتبعه به لان مالكا قال لى في عبد باعه سيده وعلى العبد دين لسيده الذى باعه فأراد أن يتبعه بذلك الدين فقال المشترى ليس ذلك لك انما هو دينك قد بعتنيه ولم تبينه لى (قال) قال مالك الدين لازم للعبد يتبعه به البائع فان رضى المشترى أن يقبل العبد وعليه دين فذلك له وان كره رد العبد وأخذ الثمن

في السيد يكون له على العبد الدين فيأخذ منه كفيلا

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن رجلا كان له على عبده دين أخذ منه بذلك الدين كفيلا أيلزم ذلك الكفيل فى قول مالك (قال) يلزم فى قول مالك لان مالكا قال يحاص السيد غرماء العبد اذا أفلس العبد

في الحمالة الى غير أجل

﴿قلت﴾ أرأيت ان قال ان لم يوفك فلان حقك فهو علىّ ولم يضرب لذلك أجلا متى يلزم الكفيل ذلك (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولكنى أرى أن يتلوم له السلطان على قدر مايرى ثم يلزمه المال الا أن يكون الذي عليه المال حاضراً مليا

﴿ في الحمالة الى موت المتحمل عنه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان قلت ان لم يوفك فلان حقك حتى يموت فهو علي أيكون له أن يأخذ مني شيئاً قبل موت فلان ذلك أم لا (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً وأرى أنه ليس له ذلك الا بعد موت فلان لأن هذا بمنزلة الأجل يضربه لنفسه

﴿ في الحمالة الى خروج العطاء ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان قال أنا كفيل بمالك على فلان الى خروج العطاء (قال) سألت مالكا عن الذي يبيع الى العطاء قال مرة كان ذلك جائزاً لان العطاء كان معروفا ثم تحول فلا يعرف ولا يعجبني ثم سمعته بعد ذلك يقول فيه مرفق للناس ولا يجوز أعجب الي أن يكون معروفا وأما الحمالة فلا بأس به وان لم يكن العطاء معروفا اذا لم يكن على أصل بيع انما هو سلف أو دين أنظر به بعد بيعه وقد كانت عقدة البيع صحيحة فلا بأس بذلك

﴿ في الرجل يريد أن يأخذ المال من المتحمل عنه قبل أن يطلب منه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان تكفلت بمال على رجل أيكون لي أن آخذ منه قبل أن يؤخذ مني المال يقضى لي بذلك عليه (قال) لا يقضى لك عليه ولكن ان تطوع بذلك فذلك جائز ولم أسمعه من مالك وذلك لانه لو أخذ منه ثم أعدم الحميل أو أفلس كان الذي له الحق أن يتبع الذي عليه الاصل

﴿ في الحميل يقتضي من المتحمل عنه ثم يضيع منه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن كفيلا تكفل بمال علي فدفعته الى الكفيل فضاع من الكفيل أيكون الكفيل فيه مؤتمنا أم يكون ذلك اقتضاء (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً قال وأرى اذا كان ذلك من الكفيل على وجه الاقتضاء منه له فأراه من الكفيل ﴿ قلت ﴾ عروضاً كانت الكفالة أو ذهبا أو ورقا أو غير ذلك فكل ذلك سواء (قال) نعم

﴿ في كفالة المرأة التي قد عنست ورضي حالها ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الجارية البكر التي قد بلغت وعنست في أهلها تكفلت بكفالة أيجوز ذلك أم لا (قال) قال مالك في هبتها وصدقتها لا تجوز اذا كانت بكراً وان كانت عنست فكذلك كفالتها في هذا ﴿ قلت ﴾ لم لا تجوز ذلك (قال) لأن بضعها بيد أبيها ﴿ قلت ﴾ أليس قد كان مالك مرة يقول اذا عنست جاز أمرها (قال) لم أسمعه أنا قط

﴿ في حمالة الجارية البكر التي قد عنست ولم يرض حالها ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت الجارية البكر في بيت أبيها أتجوز كفالتها (قال) لا تجوز كفالتها ولا بيعها ولا صدقتها ولا عتقها ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أجاز الوالد كفالة الجارية البكر أتجوز في قول مالك (قال) لا يجوز معروف الجارية البكر وان أجازه الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه وكذلك كفالتها وهذا قول مالك وهو رأيي ﴿ قلت ﴾ أرأيت الجارية البكر تتكفل بكفالة باذن والدها وذلك بعد ما حاضت أتجوز كفالتها أم لا في قول مالك (قال) هي عندي بمنزلة الصبي وبمنزلة المولى عليه ولا يجوز هذا عند مالك لان الصبي لو تكفل بكفالة عن رجل باذن الوالد لم يجز ذلك لان الوالد ليس له أن يهب مال الولد الصغير ولا مال الجارية التي قد حاضت فكذلك لا تجوز كفالتهم وان كانت باذن الوالد لان الكفالة هاهنا معروف فلا يجوز ذلك وان كان باذن الوالد ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم هذا قوله ﴿ قلت ﴾ فان كانت بكراً في بيت أبيها فأعطت الوالد أو الوالدة من مالها شيئاً أيجوز ذلك لهما (قال) لا يجوز لهما من ذلك شيء وهما في ذلك بمنزلة الاجنبيين فاذا أعطت الاجنبيين وهي بكر في بيت أبيها لم تجز عطيتها فكذلك والدتها ووالدها ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم (قال) والبكر لا تجوز كفالتها لأنه لا يجوز لها أن تصنع المعروف في مالها وانما الكفالة معروف وهي أيضا لا يجوز لها قضاء في مالها

﴿ في كفالة المرأة ذات الزوج بغير اذن زوجها ﴾

﴿ قلت ﴾ هل تجوز كفالة المرأة ذات الزوج (قال) قال مالك تجوز كفالتها فيما بينها وبين ثلث مالها ﴿ قلت ﴾ أرأيت كفالة المرأة أتجوز أم لا في قول مالك (قال) قال مالك ان كان لها زوج جازت الكفالة في ثلث مالها وان لم يكن لها زوج فذلك جائز عليها بمنزلة الرجال ﴿ قلت ﴾ وان كانت بكراً (قال) لا تجوز كفالتها لانها لا يجوز لها أن تصنع المعروف في مالها وانما الكفالة معروف ﴿ قلت ﴾ أرأيت المرأة اذا تكفلت بكفالة ولها زوج أيجوز ذلك أم لا (قال) قال مالك يجوز ما بينها وبين ثلثها لان كل معروف تصنعه المرأة ذات الزوج فهو في ثلثها والكفالة عند مالك من وجه الصدقة لان مالكا قال في بيع المرأة ذات الزوج دارها أوخادمها أو دابتها جائز على ما أحب زوجها أو كره اذا كانت مرضية في حالها وأصابت وجه البيع (قال مالك) وأرى ان كان فيه محاباة كان في ثلث مالها (قال) وان تصدقت وهي مرضية الحال لم يجز لها الا ما بينها وبين ثلث مالها عند مالك (قال مالك) وان تصدقت أو وهبت أكثر من الثلث لم يجز من ذلك شيء لا قليل ولا كثير ﴿ قلت ﴾ فهل يجوز بيع المرأة ذات الزوج وشراؤها (قال) قال مالك يجوز شراؤها وبيعها في مالها كله وان كره ذلك زوجها ﴿ قلت ﴾ فان حابت في بيعها (قال) تجوز محاباتها في بيعها فيما بينها وبين ثلثها عند مالك ﴿ قلت ﴾ لم لا يجيز مالك كفالتها الا في ثلثها ويجيز بيعها وشراءها في جميع مالها (قال) لان كفالتها معروف ﴿ قلت ﴾ والمحاباة في الكفالة معروف في قول مالك (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ وان كانت غير مرضية الحال (قال) ان كانت سفيهة ضعيفة في عقلها لم يجز لها من الذي صنعت شيء في هبة ولا شراء ولا غير ذلك أجاز ذلك زوجها أو لم يجزه

﴿ في كفالة المرأة بغير اذن زوجها بأكثر من ثلثها ﴾

﴿ قال ﴾ وقال مالك الحمالة معروف من المرأة ذات الزوج فلا يجوز لها اذا زادت على

الثلث قليل ولا كثير لا ثلث ولا غيره وانما تجوز الكفالة أن لو كانت الثلث فأدنى اذا كانت ذات زوج وكانت لا يولى عليها ﴿ قلت ﴾ وكل ما فعلته المرأة ذات الزوج من معروف في مالها أو وهبت أو تصدقت أو أعتقت أو تكفلت فكان ذلك أكثر من الثلث لم يجز منه قليل ولا كثير في قول مالك (قال) نعم الا أن تكون انما زادت الدينار أو الشيء الخفيف فهذا يعلم أنها لم ترد به الضرر فهذا يمضي ﴿ قلت ﴾ أرأيت هذا الدينار الذي زادته على ثلثها أتمضيه في قول مالك أم ترده وتمضي الثلث (قال) بل يمضي وانما أمضيته لانه ليس على وجه ضرر تعمدته ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم ولقد كتب رجل من القضاة الى مالك يسأله عن رجل أوصى في جارية له ان وسعها الثلث أن تعتق وان لم يسعها الثلث فلا تعتق فما ذا ترى فيها قال أرى فيها كما قال الا أن يكون الذي خس من ثمنها غير الثلث الدينار والدينارين فلا أرى أن تحرم العتق (قال ابن القاسم) وأرى ان كان الذي زاد على الثلث الشيء اليسير ان تغرمه الجارية وان لم يكن ذلك عندها اتبعت به دينا تؤديه الى الورثة ﴿ قلت ﴾ ولم قال مالك اذا تصدقت المرأة بثلثها فأدنى جاز ذلك اذا كانت ذات زوج وان زادت على ثلثها أبطل جميع ذلك (قال) لانه اذا كان الثلث فأدنى لم يكن ذلك عنده ضرراً وان كان أكثر من الثلث رآه ضرراً أبطل جميعه ولم يجز منه شيء ﴿ قال ﴾ ولقد سئل مالك عن امرأة حلفت بعتق رقيقها في شيء أن لا تفعله وهي ذات زوج ففعلته قال مالك أراها قد حنثت وان كان الرقيق يحملهم الثلث عتقوا وان كانوا جل مالها فلزوجها أن يرد جميع ذلك ولا يعتق منهم قليل ولا كثير ﴿ قال ﴾ وبلغني عن مالك أنه قال ان مات زوجها أو فارقها رأيت أن يعتقهم ولا يسترقهم (قال) وهو رأيي ولا تجبر على ذلك بقضاء ﴿ قلت ﴾ أرأيت ولدها ووالدها أهي في عطيتها اياهم بمنزلة الاجنبيين في قول مالك (قال) نعم اذا كان لها زوج

﴿ في كفالة المرأة ذات الزوج باذن زوجها ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان أجاز الزوج كفالة امرأته أيجوز ذلك في قول مالك (قال) نعم

يجوز ذلك عند مالك اذا كانت مرضية

في كفالة المرأة عن زوجها بما يغترق مالها كله بغير اذن زوجها

﴿قلت﴾ أرأيت المرأة اذا تكفلت عن زوجها بما يغترق فيه جميع مالها ولم يرض الزوج أيجوز ذلك في قول مالك (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أرى أن يجوز لا ثلث ولا غيره ﴿قلت﴾ الثلث لم لا تجيزه (قال) لان مالكا قال ما تصدقت به المرأة ذات الزوج أو أعتقت أو وهبت مما هو أكثر من الثلث فلا يجوز منه ثلث ولا غيره (قال مالك) والحمالة معروف من المرأة ذات الزوج فلا يجوز لها اذا زادت على الثلث قليل ولا كثير لا ثلث ولا غيره وانما يجوز أن لو كانت الكفالة الثلث فأدنى ﴿قال سحنون﴾ لانها اذا جاوزت ما أذن لها فيه صارت كالمحجور عليه والمضروب على يديه وكانت في حالها كحال المولى عليه

في كفالة المرأة عن زوجها بما يغترق مالها باذن زوجها

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل بزوجها (قال) قال مالك عطية المرأة للزوج المال جائز عليها وان أحاط ذلك بمالها كله وكفالتها في جميع مالها وان أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز وان بلغت جميع مالها (قال مالك) وكذلك كفالة المرأة لزوجها اذا كانت مرضية ﴿قلت﴾ أرأيت مالكا لم جوز عطيتها للزوج المال كله وجعله خلاف غيره من الناس اذا لم تكن سفيهة في حالها (قال) لان الرجل انما يتزوج المرأة لمالها ويرفع في صداقها لمالها فهو خلاف غيره في هذا انما أعطاها اياه على نفسها ومالها ﴿سحنون﴾ ألا ترى أنه جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها أو لا ترى أن شهادة الزوج لا تجوز لها ومالها غير ماله ورأى أهل العلم من أهل الحجاز أن تبلغ بعطيتها الثلث بغير أمر الزوج (وكان المخزومي) يقول فان جاوزت الثلث لم يبطل الثلث كالمريض يوصي بأكثر

من ثلثه فيجوز من ذلك الثلث (وقال) غير المخزومي ليست كالمريض أجاز عمر بن الخطاب وصية غلام يفاع وأجاز ذلك أبان بن عثمان وأجازه الناس وليس يجوز عطيته في صحته في قليل من ماله ولا كثير فحكم المريض غير حكم الصحة فاتبعنا في هذا أثر من مضى من أئمة الهدى الذي مضى العمل به ببلد الرسول صلى الله عليه وسلم من أئمة الهدى

في كفالة المرأة عن زوجها ثم تدعي أنه أكرهها

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل بزوجها ثم قالت بعد ذلك أكرهني أيقبل قولها أم لا (قال) قال مالك عطية المرأة لزوجها المال جائز عليها وان أحاط ذلك بمالها كله وكفالتها في جميع مالها وان أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز وان بلغت جميع مالها (قال مالك) وكفالة المرأة لزوجها اذا كانت مرضية حالها فهي جائزة وان ادعت الاكراه في العطية اذا أعطته زوجها لم تصدق فكذلك الكفالة الا أن يعلم ذلك وتقوم عليه بينة فيسقط عنها كما سقطت عطيتها على الاضرار

في كفالة المرأة الأيم غير ذات الزوج

﴿قلت﴾ أرأيت كفالة المرأة أتجوز في قول مالك أم لا (قال) قال مالك اذا لم يكن لها زوج فذلك جائز عليها بمنزلة الرجل ﴿قال﴾ وقال مالك في التي ليس لها زوج تجوز كفالتها في جميع مالها ﴿قلت﴾ أرأيت ان كانت المرأة أيما لا زوج لها فتكفلت بكفالة أيجوز ذلك عليها (قال) نعم عند مالك لان معروفها جائز اذا كانت لا يولى عليها

﴿تم كتاب الكفالة بحمد الله وعونه﴾

﴿وصلى الله على سيدنا محمد النبي الامي وعلى آله وصحبه وسلم﴾

ويليه كتاب الحوالة

يجوز ذلك عند مالك اذا كانت مرضية

في كفالة المرأة عن زوجها بما يغترق مالها كله بغير اذن زوجها

﴿قلت﴾ أرأيت المرأة اذا تكفلت عن زوجها بما يغترق فيه جميع مالها ولم يرض الزوج أيجوز ذلك فى قول مالك (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أرى أن يجوز لا ثلث ولا غيره ﴿قلت﴾ الثلث لم لا يجيزه (قال) لان مالكا قال ما تصدقت به المرأة ذات الزوج أو أعتقت أو وهبت مما هو أكثر من الثلث فلا يجوز منه ثلث ولا غيره (قال مالك) والحمالة معروف من المرأة ذات الزوج فلا يجوز لها اذا زادت على الثلث قليل ولا كثير لا ثلث ولا غيره وانما يجوز أن لو كانت الكفالة الثلث فأدنى ﴿قال سحنون﴾ لانها اذا جاوزت ما أذن لها فيه صارت كالمحجور عليه والمضروب على يديه وكانت فى حالها كحال المولى عليه

في كفالة المرأة عن زوجها بما يغترق مالها باذن زوجها

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل بزوجها (قال) قال مالك عطية المرأة للزوج المال جائز عليها وان أحاط ذلك بمالها كله وكفالتها فى جميع مالها وان أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز وان بلغت جميع مالها (قال مالك) وكذلك كفالة المرأة لزوجها اذا كانت مرضية ﴿قلت﴾ أرأيت مالكا لم جوز عطيتها للزوج المال كله وجعله خلاف غيره من الناس اذا لم تكن سفيهة فى حالها (قال) لان الرجل انما يتزوج المرأة لمالها ويرفع في صداقها لمالها فهو خلاف غيره فى هذا انما أعطاها ياد على بضعها ومالها ﴿سحنون﴾ ألا ترى أنه جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها أو لا ترى أن شهادة الزوج لا تجوز لها ومالها غير ماله ورأى أهل العلم من أهل الحجاز أن تبلغ بعطيتها الثلث بغير أمر الزوج (وكان المخزومى) يقول فان جاوزت الثلث لم يبطل الثلث كالمريض يوصى بأكثر

من ثلثه فجوز من ذلك الثلث (وقال) غير المخزومى ليست كالمريض أجاز عمر بن الخطاب وصية غلام يفاع وأجاز ذلك أبان بن عثمان وأجازه الناس وليس يجوز عطيته فى صحته في قليل من ماله ولا كثير فحكم المريض غير حكم الصحة فاتبعنا في هذا أثر من مضى من أئمة الهدى لذى مضى العمل به ببلد الرسول صلى الله عليه وسلم من أئمة الهدى

فى كفالة المرأة عن زوجها ثم تدعى أنه أكرهها

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل بزوجها ثم قالت بعد ذلك أكرهنى أيقبل قولها أم لا (قال) قال مالك عطية المرأة لزوجها المال جائز عليها وان أحاط ذلك بمالها كله وكفالتها فى جميع مالها وان أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز وان بلغت جميع مالها (قال مالك) وكفالة المرأة لزوجها اذا كانت مرضية حالها فهى جائزة وان ادعت الاكراه فى العطية اذا أعطته زوجها لم تصدق فكذلك الكفالة الا أن يعلم ذلك وتقوم عليه بينة فيسقط عنها كما سقطت عطيتها على الاضرار

فى كفالة المرأة الأيم غير ذات الزوج

﴿قلت﴾ أرأيت كفالة المرأة أتجوز فى قول مالك أم لا (قال) قال مالك اذا لم يكن لها زوج فذلك جائز عليها بمنزلة الرجل ﴿قال﴾ وقال مالك فى التى ليس لها زوج تجوز كفالتها فى جميع مالها ﴿قلت﴾ أرأيت ان كانت المرأة أيما لا زوج لها فتكفلت بكفالة أيجوز ذلك عليها (قال) نعم عند مالك لان معروفها جائز اذا كانت لا يولى عليها

﴿تم كتاب الكفالة بحمد الله وعونه﴾

﴿وصلى الله على سيدنا محمد النبيّ الاميّ وعلى آله وصحبه وسلم﴾

******

﴿ويليه كتاب الحوالة﴾

يجوز ذلك عند مالك اذا كانت مرضية

في كفالة المرأة عن زوجها بما يفترق مالها كله بغير اذن زوجها

﴿قلت﴾ أرأيت المرأة اذا تكفلت عن زوجها بما يفترق فيه جميع مالها ولم يرض الزوج أيجوز ذلك في قول مالك (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أرى أن يجوز لا ثلث ولا غيره ﴿قلت﴾ الثلث لم لا تجيزه (قال) لان مالكا قال ما تصدقت به المرأة ذات الزوج أو أعتقت أو وهبت مما هو أكثر من الثلث فلا يجوز منه ثلث ولا غيره (قال مالك) والحمالة معروف من المرأة ذات الزوج فلا يجوز لها اذا زادت على الثلث قليل ولا كثير لا ثلث ولا غيره وانما يجوز أن لو كانت الكفالة الثلث فأدنى ﴿قال سحنون﴾ لانها اذا جاوزت ما أذن لها فيه صارت كالمحجور عليه والمضروب على يديه وكانت في حالها كحال المولى عليه

في كفالة المرأة عن زوجها بما يفترق مالها باذن زوجها

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل بزوجها (قال) قال مالك عطية المرأة للزوج المال جائز عليها وان أحاط ذلك بمالها كله وكفالتها في جميع مالها وان أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز وان بلغت جميع مالها (قال مالك) وكذلك كفالة المرأة لزوجها اذا كانت مرضية ﴿قلت﴾ أرأيت مالكا لم جوز عطيتها للزوج المال كله وجعله خلاف غيره من الناس اذا لم تكن سفيهة في حالها (قال) لان الرجل انما يتزوج المرأة لمالها ويرفع في صداقها لمالها فهو خلاف غيره في هذا انما أعطاها اياه على بضعها ومالها ﴿سحنون﴾ ألا ترى أنه جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها أولا ترى أن شهادة الزوج لا تجوز لها ومالها غير ماله ورأى أهل العلم من أهل الحجاز أن تبلغ بعطيتها الثلث بغير أمر الزوج (وكان المخزومي) يقول فان جاوزت الثلث لم يبطل الثلث كالمريض يوصي بأكثر

من ثلثه فجوز من ذلك الثلث (وقال) غير المخزومي ليست كالمريض أجاز عمر بن الخطاب وصية غلام يفاع وأجاز ذلك أبان بن عثمان وأجازه الناس وليس يجوز عطيته في صحته في قليل من ماله ولا كثير فحكم المريض غير حكم الصحة فاتبعنا في هذا أثر من مضى من أئمة الهدى الذي مضى العمل به ببلد الرسول صلى الله عليه وسلم من أئمة الهدى

في كفالة المرأة عن زوجها ثم تدعى أنه أكرهها

﴿قلت﴾ أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل بزوجها ثم قالت بعد ذلك أكرهني أيقبل قولها أم لا (قال) قال مالك عطية المرأة لزوجها المال جائز عليها وان أحاط ذلك بمالها كله وكفالتها في جميع مالها وان أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز وان بلغت جميع مالها (قال مالك) وكفالة المرأة لزوجها اذا كانت مرضية حالها فهي جائزة وان ادعت الاكراه في العطية اذا أعطته زوجها لم تصدق فكذلك الكفالة الا أن يعلم ذلك وتقوم عليه بينة فيسقط عنها كما سقطت عطيتها على الاضرار

في كفالة المرأة الأيم غير ذات الزوج

﴿قلت﴾ أرأيت كفالة المرأة أتجوز في قول مالك أم لا (قال) قال مالك اذا لم يكن لها زوج فذلك جائز عليها بمنزلة الرجل ﴿قال﴾ وقال مالك في التي ليس لها زوج تجوز كفالتها في جميع مالها ﴿قلت﴾ أرأيت ان كانت المرأة أيما لا زوج لها فتكفلت بكفالة أيجوز ذلك عليها (قال) نعم عند مالك لان معروفها جائز اذا كانت لا يولى عليها

﴿تم كتاب الكفالة بحمد الله وعونه﴾

﴿وصلى الله على سيدنا محمد النبي الامي وعلى آله وصحبه وسلم﴾

*** ***

﴿ويليه كتاب الحوالة﴾

البناية

في شرح الهداية

لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

تصحيح

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

دار الفكر

فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدركك في هـــذا البيـــع ، لأن مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع

بالمال وبين الأول شرع في بيان الثاني بقوله (فجائزة) وهو جواب أما، وهذا الإختلاف فيه إذا كان المال معلوماً ، وأما إذا كان المال مجهولاً فكذلك جائز عندنا ، وهو معنى قوله (معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً) وقـــال الشافعي لا يجوز إذا كان مجهولاً ، وصورة المعلوم مثل قوله تكفلت عنه بألف ، وصورة المجهول مثل قوله تكفلت عنـــه بمالك عليه . والآن بينه المصنف رحمه الله ولكن فيه شرط عندنا ، أشار إليه بقوله (إذا كان ديناً صحيحاً) احترز به عن بدل الكتابة ويجيء الآن أيضاً (مثل أن يقول تكفلت عنه بألف) هذا صورة المعلوم (أو بما لك عليه) أي أو قال تكفلت عنه بما لك عليه، وهذا هو صورة المجهول (أو بما يدركك في هذا البيع) أي أو يقول تكفلك عنه بما يدركك من العوارض في هذا البيع (لأن مبنى الكفالة على التوسع) لأنهـــا تبرع ابتداء فلا يمنع صحتها الجهالة المستدركة اليسيرة (فيحتمل فيها) أي في الكفالة (الجهالة) أي جهالة المكفول به ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي في القديم . وقال في الجديد لا يصح ضمان المجهول وهو قول الليث والثوري وابن أبي ليلى وابن المنذر قالوا لأنه التزام ، قال فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع . ولنا قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا بـــه زعيم ﴾ ٧٢ يوسف ، لان حمل البعير يختلف باختلاف البعير ، وعموم قوله ﷺ الزعيم غارم .

(وعلى الكفالة بالدرك إجماع) إجماع مبتدأ وخبره هو قوله مقدماً على الكفالـــة بالدرك ، وأراد بـــه زيادة الإيضاح على صحة الفكالة بجهالة المكفول به فإنه يصح بالاجماع . وفي الأقطع ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك ، وهو عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول ، وهو أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد

وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والإقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً . ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى . قال والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل ، وإن شاء طالب كفيله لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه

والدرك بتحريك الراء وتسكينها التبعة ، يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه . فإن قيل هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال ضمنت لك بعض مالك على فلان فقيل له هذا يصح كما لو قال ضمنت لك بعض مالك على فلان فقيل له هذا يصح عندنا والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار شيئاً (وكفى به) أي بالاجماع (حجة) والاجماع من أقوى الحجج (وصار) أي حكم هذا المذكور (كما إذا كفل لشجة) أي خطـــأ (صحت الكفالة) مع أن فيها جهالة .

(وإن احتمل السراية) إلى النفس (أو الاقتصار) عليـــه بدون السراية بخلاف الكفالة بشجة عمداً لان فيها القصاص ولا تصح الكفالـــة بالقصاص (وشرط) أي القدوري (أن يكون) المكفول به (ديناً صحيحاً) وذلك في قوله وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً ، وهذا لفظ القدوري في مختصره (ومراده) أي مراد القدوري من قوله إذا كان ديناً صحيحاً (أن لا يكون بدل الكتابة) لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح ، لأنه ليس بدين صحيح ، لان الدين لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء فيسقط بدل الكتابة بدونهما بتعجيز النفس (وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى في موضعه) في كتاب المكاتب .

(قال) أي القدوري (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الاصل) أي الدين (وإن شاء طالب كفيله ، لان الكفالة ضم الذمة إلى الذمـــة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول) أي الذمة الاولى (لا البراءة عنه) أي لا يستدعي البراءة عنها خلافاً

أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا الحجة كاملة . وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة . قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما .

الحبس (أقصى عقوبة فيه) أي في باب الأموال (فلا يثبت إلا بحجة كاملة) فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوت الحدود والقصاص به ، أما في الحدود والقصاص والتعزير أقصى العقوبة فيه القتل ، إذ الضرب والحبس نوع عقوبة ، فجاز أن يعاقب بـه قبل ثبوت الحدود والقصاص (وذكر في أدب القاضي) ذكر على صيغة المجهول (ان على قولهما) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » (لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) يعني إن عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع الحاجة إلى الحبس ، لأن الاستيثاق يحصل بالكفالة . وعند أبي حنيفة « رح » لا كفالة فيها جبراً فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه) أي لأن الخراج (دين مطالب بـه) ألا ترى أنه يحبس به ويلازم لأجله ومنع وجوب الزكاة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون ، كذا في الفوائد .

فإن قيل يشكل على هذا الزكاة فإنه دين مطالب من جهة العباد في الأموال الظاهرة الإمام . وفي الباطنة نائبه وهو المالك كما مر في الزكاة ، ولا يجوز الكفالة بدين الزكاة . قلنا قال التمرتاشي إنما لا يصح لأن الزكاة ليست بدين بل هو تمليك المال ، ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج ، فإنه يؤخذ من تركته .

(ممكن الاستيفاء) راجع إلى الرهن ، لأن الرهن توثيق لجانب الإستيفاء فهذا من باب اللف والنشر الغير مرتب ، لأن قوله دين يطالب بـه يرجع إلى الكفالة (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) المراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونها

قال ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان ، لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة ، والمقصود التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان . وأما الكفالة بالمال

مشروعة لتحمل المطالبة ، وموجب الرهن كونه مشروعاً بمضمون يمكن استيفاؤه من الرهن ، والضمير في عليه يرجع إلى الخراج ، وفي فيهما يرجع إلى الرهن والكفالة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) أي ذهب الطالب وأخذ من المطلوب وهو المديون كفيلا آخر (فهما) أي الأول والثاني كفيلان (لأن موجبه) أي موجب الكفالة (إلتزام المطالبة وهي متعددة) ألا ترى أنهما لو كفلا جميعاً بنفسه معاً جاز ، فكذا إذا كفلا على التعاقب ثم أسلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب بريء هو دون الآخر وليس هذا كالدين، فإنه لو قضى أحد الكفيلين لدين واحد الدين يبرآن وفي التفاريق والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد أيهم أسلم الأصيل كتسليمهم . وفي الشافعي ثلاثة كفلوا بألف طالب كل واحد بثلث الألف ، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة المرغيناني والتمرتاشي ، ومذهب الشافعي لا يتأتى هنا ، لأن الكفالة بالنفس عنده لا يصح ، كذا قاله الأترازي وفي قول ابن أبي ليلى برئ الكفيل الأول (والمقصود) من عقد الكفالة (التوثيق وبالثانية) أي وبالكفالة الثانيـة (يزداد التوثق فلا يتنافيان) أي الكفالتان .

فإن قيل لما أخذ الطالب والمطلوب وأخذ منه كفيلا فقد صار مستوفياً للنفس حين صارت في يده فلم لا يبرأ الكفيل الأول بمنزلة الكفيل بالدين إذا أخذ الطالب من المطلوب الدين بريء الكفيل ، قيل له لأن الطالب إذا أخذ الدين لم يبق له حق ، وها هنا حقه باق وتسليم النفس اليه يحتاج إليه في كل وقت حتى يستخرج حقه ، انتهى . قلت نفس السؤال دليل ابن أبي ليلى على قولـه بريء الكفيل الأول ، والجواب جواب عنه فافهم .

(وأما الكفالة بالمال) لما قسم المصنف الكفالة على قسمين كفالـة بالنفس وكفالة

إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعاني
كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة . ولو
طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما ، لأن مقتضاه
الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ، لأن
اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني ،
أما المطالبة بالكفالة

لما يقول ابن أبي ليلى إن الكفالة توجب براءة الاصيل . وقال الكاكي قوله وإن شاء طالب الكفيل . قوله أكثر العلماء وعن مالك في رواية عنه أنه لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر المطالبة عن الاصيل (إلا إذا شرط فيه البراءة) أي إلا إذا شرط في عقد الكفالة براءة الاصيل (فحينئذ تنعقد) أي الكفالة (حوالة اعتباراً للمعنى) وهو أنه أتى بخاصية الحوالة ، فإن توى على ما في الكفيل يرجع على الاصيل عندنا خلافاً للشافعي والثوري بأحد الأمور الثلاثة ، وسيجيء بيانه في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى .

(كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها) أي بالكفالة (المحيل يكون كفالة ، ولو طالب أحدهما) أي ولو طالب المكفول له أحد الإثنين وهما الكفيل والأصيل (له أن يطالب الآخر) لأن مطالبة أحدهما لا تسقط مطالبة الآخر (وله أن يطالبهما) أي الكفيل والأصيل جميعاً (لأن مقتضاه) أي مقتضى عقد الكفالة (الضم) أي ضم الذمة إلى الذمة .

(بخلاف المالك) أي مالك الشيء الذي غصب منه غاصب وغصب من الغاصب غاصب آخر (إذا اختار تضمين أحد الغاصبين) وهما الغاصب وغاصب الغاصب فليس له أن يضمن الآخر بعد ذلك (لأن اختياره) أي اختيار المالك تضمين (أحدهما) أي أحد الغاصبين (يتضمن التمليك منه) أي من الذي اختار تضمينه يعني إذا قضى القاضي بذلك ، كذا في المبسوط (فلا يمكنه التمليك من الثاني) أي من الغاصب الثاني ، لأن من المحال أن يملك العين الواحدة جميعاً لاثنين في زمان واحد (أما المطالبة بالكفالة

لا يتضمن التمليك فوضح الفرق . قال ويجوز تعليق الكفالة
بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي وما ذاب لك عليه فعلي ،
أو ما غصبك فعلي والأصل فيه قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير
وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف . والإجماع منعقد على صحة ضمان
الدرك . ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون
شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع

فلا يتضمن التمليك) ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر (فوضح الفرق) بين المسألتين .

(قال) أي القدوري (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي) قيد بقوله فلاناً ليصير المكفول له معلوماً ، إذ جهالته تمنع صحة الكفالة ، حتى لو قال ما بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به فتفاحشت الجهالة ، بخلاف الأول ، لأن الجهالة فيه يسيرة متحملة ، كذا في الإيضاح (وما ذاب لك) أي أو بقوله ما ذاب لك ، أي ما وجب وثبت لك (عليه) أي على فلان فهو (فعلي) ولفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم ، كذا في المغرب (وما غصبك) أي أو تقول ما غصبك فلان أي ما غصب منك (فعلي) أي فهو علي ، والياء مشددة في لفظة علي في ثلاث مواضع (والأصل فيه) أي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة (قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف) فإنه يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، إذ حمل البعير مجهول وقد مر بيانه ، والأصل فيه أن شرائع من قبلنا تلزمنا ما لم ينص الله تعالى على إنكاره (والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك) أي الاجماع انعقد على صحة ضمان الدرك ، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(ثم الأصل) في هذا الباب (أنه يصح تعليقها) أي تعليق عقد الكفالة (بشرط ملائم لها) لمقتضى العقد (مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق مثل أن يقول إذا استحق

ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ، ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال ، أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما إذا حضر بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هـــذه الحالة فصار كالامر بالنكاح .

المريض يصح وإن لم يسم الدين ولا صـــاحب الدين وأشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم) أي ولأجل أن ذاك وصية .

(ولهذا) أي ولأجل ذلك أيضاً (قالوا) أي المشايخ (إنما تصح) أي عقد الكفالة بدون قبول الطـــالب (إذا كان له) أي للمريض (مال) عند الموت إذ الوصية تصح في المال عند الموت (أو يقال) إشـــارة إلى بيان وجه آخر في صحة قول المريض لوارثه تكفل بما علي من الديون . تقرير أن يقال (أنه) أي المريض (قائم مقام الطالب) وهو المكفول له (لحاجته إليه) أي لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب (تفريغا لذمته) أي لأجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كأن الطالب حضر بنفسه على ما يجيء (وفيه) أي وفي إقامة نفسه مقام الطالب (نفع الطالب) وهو حصول حقه إليه ، فصار حكمه (كما إذا حضر) أي الطالب (بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ) متصل بقوله لأن ذلك وصية ، يعني أن قول المريض لوارثه تكفل عني أيضاً . ولهذا تصح إذا لم يكن مال ولكن الإيصاء صح بلفظ الضمان .

(ولا يشترط القبول) أي قبول المريض ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كان المريض نازلاً منزلة الطالب لكان قبوله شرطاً كقبول الطالب . وتقرير الجواب أنه لا يشترط القبول (لأن يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقبوله تكفل عني تحقيق الكفالة (دون المساومة) نظراً إلى ظاهر حالة هو عليها ، وهو معنى قوله (ظاهراً في هذه الحالة فصار) أي فصار هذا (كالأمر بالنكاح) لو قال لامرأة زوجني نفسك ، فقـــالت زوجت نفسي منك يكون ذلك بالقبول فكأنها قالت زوجت ، وقال قبلت

ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنـــه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة . ولو تبرع به إنسان يصح ، وكذا يبقى إذا كان بـــه كفيل

(ولو قال المريض ذلك لأجنبي) أي لو قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك (اختلف المشايخ فيه) فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الإلتزام ، فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له ، فكذا المريض ، ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك . ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذناه بالقياس .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا مـــات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل به رجل عنه لغرمـــائه لم تصح عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) أي لم تصح الكفـــالة عنده سواء كان ذلك الرجل أجنبياً أو وارث الميت (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (تصح) الكفالة وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله (لأنه) أي لأن الرجل (كفل بدين ثابت لأنه) أي لأن الدين (وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط) أي مسقـــط الدين ، لأن الإسقـــاط إنما يكون بالإيفاء أو الإبراء أو إنفساخ سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك (ولهذا) أي ولأجل ما ذكرنا من عدم الاسقاط (يبقى) أي الدين (في حق أحكام الآخرة) فيطالب به في الآخرة .

(ولو تبرع به) أي بأداء الدين (إنســـان وله مال) أي والحال أن للميت مال (يصح) أي التبرع به . ولو برىء المفلس من الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الأخذ من المتبرع (وكذا يبقي) أي الدين (إذا كان به كفيل أو مال) ويبقى هو على كفالته

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جمعا . له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم . وهذا أوجه هذه الرواية عنه . ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح . ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه

وفي الكافي واختلفوا في قول أبي يوسف رحمه الله فقيل يجوز عنده بوصف التوقف حتى لو رضي به الطـــالب ينفذ . وقيل يجوز لو صف النفاد ، قيل رضاء الطالب ليس بشرط وهو الأصح عنده . وفي شرح المجمع وأفتى بعض المشايخ بقول أبي يوسف رحمه الله رفقاً بالناس . وقـــال الأترازي رحمه الله والحاصل أن الكفالة بالنفس أو بالمال إذا كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالإجماع ، فان كان الطالب غائباً فهي جائزة عند أبي يوسف رحمه الله . وقـــالا لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل فيتوقف على إجازته ، كذا في المختلف .

(والخلاف) بين أبي حنيفة ومحمد رحمهـــما الله وبين أبي يوسف رحمه الله (في الكفالة بالنفس والمال جميعاً له) أى لأبي يوسف رحمه الله (إنه) أى أن عقد الكفالة (تصرف التزام) للغير (فيستبد به) أى فينتقل به (الملتزم) كالإقرار والنذر ، ولهذا يصح مع الجهالة (وهذا) أي هذا التعليل وهو أنه تصرف التزام (أوجه هذه الرواية عنه) أي عن أبي يوسف رحمه الله (ووجه التوقف) يعني أن وجه الرواية التي أجازت الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الإجـــازة (ما ذكرناه) في كتاب النكاح (في الفضولي في النكاح) وهو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف رحمه الله ، والجـــامع عدم الضرر . وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس كما في البيع . حاصل الكلام من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعاً للفضولي في النكاح إذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عند أبي يوسف رحمه الله على إجازتها المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد رح ، (أن فيه) أي في عقد الكفـــالة (معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه) أي من المكفول عنه ، كذا قال شيخنا العلاء ثم قيل

فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس . قال إلا في مسألة واحـــدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لأن ذلك وصية في الحقيقة .

ويحتمل أن يرجع الضمير إلى الكفيل لأن الكفيل ، ملك المطالبة للمكفول عنه . وقال تاج الشريعة منه ، أي من الكفيل . ومتى ثبت التمليك لم ينفرد الواحد به لأنه شطر العقد (فيقوم بهما جميعاً) أي فيقوم التمليك بالكفيل والطالب (والموجود شطره) أي شطر العقد (فلا يتوقف على ما وراء المجلس) فعلى هذا لو قبل عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطرية .

(قال) أى القدورى (إلا في مسألة واحدة) وهو استثناء من قوله ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس حيث يصح استحســاناً ، والقياس عدمها على قولهما (وهي أن يقول المريض) وفي القدوري وهي أن يقول المريض وهذا على الأصل ، لأن الضمير يرجع الى المسألة . ووجه تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوري أن يقول المريض (لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به) أي فتكفل الوارث لما عليه من الدين (مع غيبة الغرماء) حيث تصح استحساناً (لأن ذلك وصية في الحقيقة) أي يصير كأنه أوصى إليه بقضاء ديونه فيشترط قبول من أوصى إليه ليصير وصياً لا قبول غيره ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الكاكي رحمه الله قيل في تعليل الكتاب بقوله لأن ذلك وصية في الحقيقة نظراً إذ لو كان وصية حقيقة لمـــا اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض ، وقد ذكرنا من المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة ، إلا أن يأول هذا ويقال لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد ، وقد فعل الأكمل هذا ثم قال مثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى ، وإذا نظرت في معنـــاه يأول إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة وفيه تأمل . وفي الشـــامل الايصاء بقضاء الدين يصح . وفي الخلاصة ثم هذا من

الفتاوى الهندية

في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان

تأليف

العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام

وجماعة من علماء الهند الأعلام

وبهامشه

فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية

دار المعرفة
للطباعة والنشر
بيروت - لبنان

أيضا لانه هو الذي وضع الحمل في ذلك الموضع اذلم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الموضع فعل غيره * ولو وضع جرة على حائط فسقطت على رجل فأتلفته لا يضمن الواضع اذا كان له حق الوضع على الحائط لانه لا يكون متعديا * ولو وضع جرة في طريق المسلمين ورجل آخر وضع جرة في ذلك الطريق فتدحرجت احداهما وكسرت الاخرى ذكر في الاصل أنه لا ضمان على التي تدحرجت جرته لان جنايته قد زالت فبرئ عن الضمان * وان انكسرت التي تدحرجت كان ضمانها على صاحب الجرة القائمة لانه كان متعديا في الوضع * ولو أوقف رجل دابته في الطريق ورجل آخر كذلك فنفرت احداهما وضربت فأصابت الاخرى لا يضمن صاحب الهاربة * ولو تلفت الهاربة بالاخرى كان ضمان الهاربة على صاحب الاخرى لما قلنا في الجرتين * وقال الشيخ الامام أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى في مسئلة الجرتين ان كانت الجرتان على جادة الطريق ضمن كل واحد منهما قيمة جرة صاحبه اذا تدحرجت احداهما فأصابت الاخرى فانكسرتا

(٢٥٢)

حنيفة رحمه الله تعالى من بيع المغشوش اذا بينه أو كان ظاهرا يرى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى * وقال في رجل جمع التفقه على النحاس لا يبيعها حتى يبين قال ولا بأس بأن يشترى بستوقة اذا بين ورأى السلطان أن يكسرها لعلها تقع في يد من لا يبين كذا في الذخيرة * بشر في الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أكره للرجل أن يعطي الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والبخارية وان بين ذلك وتجوز بها عند الاخذ من قبل أن انفاقها ضرر بالعوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه وليس يصلح ترى أن هذين المانعين من قبل ما يتجوز فيه من الدلسة على الجاهل به ومن الفاجر الذي لا يتحرج قال فكل شيء لا يجوز بين الناس فانه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه كذا في المحيط * والله أعلم

(كتاب الكفالة) (وفيه خمسة أبواب)

(الباب الاول في تعريف الكفالة وركنها وشرائطها)

ما تعريفها فقيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح كذا في الهداية * وأما ركنها فالايجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا حتى ان الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب لآخر اكفل بنفس فلان لي فقال كفلت أو قال رجل أجنبي لغيره اكفل بنفس فلان أو بمال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت نعم الكفالة وتتوقف على ماوراء المجلس على اجازة المكفول له وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته أما اذا لم يوجد شيء من ذلك بأن قال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان على فلان من الدين فانها لا تتوقف على ماوراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لم تصح ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد كذا في المحيط * واختلفوا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقيل عنده تجوز بوصف التوقف حتى لو رضي بها الطالب تنفذ والا تبطل وقيل هي جائزة عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح كذا في الكافي * وهو الاظهر كذا في فتح القدير * وفي البزازية وعليه الفتوى كذا في النهر الفائق * وهكذا في البحر الرائق * وان وجد الخطاب أو القبول من المكفول عنه بأن قال المطلوب لرجل أكفل عني لفلان بنفسي أو بماله علي أو كفل رجل بمال عن مطلوب أو بنفسه وقبل عنه المطلوب ان وجد الخطاب أو القبول من المطلوب

ولو أن رجلا اغترف من الحوض الكبير بجرة فوضعها على الشط ثم جاء آخر وفعل مثل ذلك فتدحرجت الاخيرة وصدمت الاولى فانكسرتا قال بعضهم يضمن صاحب الجرة الاخيرة قيمة الجرة الاولى لصاحبها * وقال بعضهم يضمن كل واحد منهما جرة صاحبه * والاصل في هذه المسائل أن في كل موضع كان للواضع حق الوضع في ذلك المكان لا يضمن على كل حال اذا تلف بذلك الموضوع شيء سواء تلف به وهو في مكانه أو بعد ما زال عن مكانه وفي كل موضع لم يكن للواضع حق الوضع في ذلك المكان اذا عطب بالموضوع شيء ان عطب والموضوع في مكانه لم يزل يضمن الواضع وان عطب به بعد ما زال الموضوع عن مكانه ان زال بمزيل نحو أن يضع جمرة في الطريق فذهبت بها الريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئا لا يضمن الواضع وكذا لو وضع حجرا في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئا لا يضمن الواضع لان جنايته زالت بالماء والريح * وان كان الزوال عن الموضع الذي كان فيه لا بمزيل بأن وضع جرة في الطريق ثم جاء آخر ووضع جرة أخرى في الطريق فتدحرجت احداهما على الاخرى فانكسرتا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يضمن كل واحد منهما جرة صاحبه * وعنه في رواية يضمن صاحب الجرة القائمة في موضعها قيمة الجرة التي دحرجتها الريح عن موضعها لان جناية صاحب الاولى قد زالت * وان دحرجتها الريح ونحتها عن موضعها فعطب بها شيء لا يضمن صاحب الجرة لما بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها * وكذا لو وضع حجرا في الطريق فعثر به انسان وازاله ومات الذي عثر بالميت انسان وهلك كان على عاقلة الميت ديته من عثر بالميت لان جنايته قد زالت حيث زال الحجر عن ذلك الموضع

فيجب ضمان من عثر بالميت على الواضع * ولو وضع رجل في الطريق جرة مملوءة من الزيت أو غيره ثم جاء آخر ووضع بجنب هذه الجرة جرة أخرى فسال من الاولى شيء وابتل المكان فوقعت على الاخرى فكسرت الاولى قال محمد رحمه الله تعالى أولا أدري هذا شيء ولا يضمن صاحب الاولى * وذكر ابن رستم رحمه الله تعالى رجل وضع في الطريق جرة فيها زيت أو لبن فجاء فوضع رجل آخر في الطريق جرة أخرى فتدحرجت احداهما فأصابت الاخرى فانكسرتا قال يضمن صاحب القائمة التي لم تتدحرج قيمة الجرة التي تدحرجت ومثل ما فيها من الزيت أيضا لان كل واحد منهما كان متعديا بالوضع في الطريق الا أن جناية صاحب القائمة لم تزل وجناية صاحب التي تدحرجت قد زالت فما تلف بالجرة القائمة يضمن صاحبها وما تلف بالجرة التي تدحرجت لم يضمن صاحبها * وهذا يوافق ما قلنا عن الشيخ أبي بكر رحمه الله تعالى في المسئلة الاولى * رجل أوقف دابة في سوق الدواب (٢٥٣) فتلفت الدابة شيئا لا يضمن صاحبها

تصيب في صحته فانه لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا ويكون خطاب المكفول عنه أو قبوله بمنزلة العدم وان كان الخطاب من المطلوب في مرضه ان يضمن وارثه بذلك بأن تكفل عنه بالمال الذي لفلان عليه ثم مات من مرضه فالقياس أن لا تصح الكفالة عنهما وفي الاستحسان تصح حتى اذا مات أخذت الورثة بذلك بحكم الكفالة وان كان المكفول له غائبا كذا في المحيط * ولو مات لا عن تركة لا تؤاخذ الورثة بأدائه كذا في محيط السرخسي * وان قال ذلك لاجنبي ضمن الاجنبي اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه والتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام صاحب الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس كذا في الكنز والتبيين والكفاية والنهاية والعيني * وهو الاوجه كذا في فتح القدير * ولو قالت الورثة للمريض ضمنا من كل دين لهم عليك ولم يطلب المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم تصح ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة استحسانا كذا في فتاوى قاضيخان * وأما شرائطها فأقسام أربعة * القسم الاول ما يرجع الى الكفيل * فمنه العقل والبلوغ وانهما من شرائط الانعقاد فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون الا اذا استدان الولي دينا في نفقة اليتيم وأمره بأن يضمن المال عنه فانه صحيح ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز كذا في البحر الرائق * واذا كفل الصبي بنفس أو مال ثم بلغ وأقر بالكفالة لا يؤخذ بها لانه أقر بكفالة منه فان وقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ وبين الطالب فقال الطالب كفلت وأنت رجل وقال الصبي كفلت وأنا صبي فالقول قول الصبي ولو قال كفلت وأنا مجنون أو مغمى علي أو مبرسم وأنكر الطالب ذلك وقال كفلت وأنت صحيح ان كان ذلك معهودا من المقر فالقول قول المقر وان لم يكن ذلك معهودا فالقول قول الطالب كذا في المحيط * ومنه الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا أو مأذونا له في التجارة ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق وأما صحة بدن الكفيل فليست بشرط فيه فكفالة المريض تصح من الثلث كذا في البدائع * القسم الثاني ما يرجع الى الاصيل منه أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تصح كذا في البدائع والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الزاد * ولو ترك مالا أجاز بمقداره كذا في محيط السرخسي * ومنه أن يكون معلوما اذا كانت الكفالة مضافة حتى ان من قال لغيره كفلت لك بما بايعت أحدا من

لان ايقاف الدواب في سوق الدواب يكون باذن الوالي فلا يكون موجبا للضمان * وكذلك أرباب السفن اذا أوقفوا السفينة على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقفة فانكسرت الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية فان انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة لان الامام اذن لارباب السفن بايقاف السفن على الشط فلا يكون فعلهم تعديا * رجل وضع شيئا في الطريق فنفرت عنه دابة رجل وأتلفت شيئا لا يضمن الواضع اذا لم يصبها الموضوع في الطريق * وكذلك رجل أشهد عليه على حائط مائل الى طريق المسلمين فسقط الحائط فنفرت عنه دابة رجل فقتلت رجلا لا يضمن صاحب الحائط المائل لا يضمن صاحب الحائط اذا سقط الحائط على انسان أو دابة فقتله * رجل مر في سوق المسلمين فتعلق ثوبه بقفل حانوت رجل فتخرق قال الشيخ الامام أبو القاسم رحمه الله تعالى ان كان القفل في ملكه لا يضمن وان كان في غير ملكه ضمن * ثم قال وههنا شيء آخر انه اذا ... فتخرق بجره لا يضمن صاحب القفل وان لم يعلم ان ثوبه تعلق بالقفل لانه اذا جر الثوب فهو الذي خرقه * رجل دق في ... فسقط من ذلك في دار جاره شيء وتلف كان ضمان ذلك على من دق في داره * رجل دخل بيت رجل فأذن له صاحب البيت بالجلوس ... وسادة فجلس عليها فاذا تحتها قارورة فيها دهن لا يعلم به فاندقت القارورة وذهب الدهن فضمان الدهن وضمان ما تخرق من الوسادة ... على الجالس * ولو كانت القارورة تحت ملاءة قد غطاها فأذن له بالجلوس على الملاءة لا يضمن الجالس * قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في الوسادة لا يضمن عند البعض أيضا وهو أقرب الى القياس لان الوسادة لا تمسك الجالس كما لا تمسكه الملاءة وعليه الفتوى

أيضا لانه هو الذي وضع الحمل في ذلك الموضع اذ لم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الموضع فعل غيره * ولو وضع جرة على حائط فسقط
على رجل فأتلفته لا يضمن الواضع اذا كان له حق الوضع على الحائط لانه لا يكون متعديا * ولو وضع جرة في طريق المسلمين ورجل
آخر وضع جرة في ذلك الطريق فتدحرجت احداهما وكسرت الاخرى ذكر في الاصل أنه لا ضمان على الذي تدحرجت جرته لان
جنايته قد زالت فبرئ عن الضمان * وان انكسرت التي تدحرجت كان ضمانها على صاحب الجرة القائمة لانه كان متعديا في الوضع
ولم تزل جنايته * ولو أوقف رجل دابة في الطريق ورجل آخر كذلك فنفرت احداهما وضربت فأصابت الاخرى لا يضمن صاحب النافرة
لان جنايته قد زالت * ولو نفذت البارية بقرب الاخرى كان ضمان البارية على صاحب الاخرى فما تقول في الجرتين وقال الشيخ الامام
أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى في مسئلة الجرتين ان كانت الجرتان على جادة الطريق ضمن كل واحد منهما قيمة جرة صاحبه
اذا تدحرجت احداهما فأصابت الاخرى فانكسرتا * ولو أن رجلا اغترف من الحوض الكبير بجرة فوضعها على الشط ثم جاء آخر وفعل مثل ذلك فتدحرجت الاخيرة وصدمت الاولى فانكسرتا قال بعضهم يضمن صاحب الجرة الاخيرة قيمة الجرة الاولى لصاحبها * وقال بعضهم يضمن كل واحد منهما جرة صاحبه * والاصل في هذه المسائل أن في كل موضع كان للواضع حق الوضع في ذلك المكان لا يضمن على كل حال اذا تلف بذلك الموضوع شيء سواء تلف به وهو في مكانه أو بعد ما زال عن مكانه وفي كل موضع لم يكن للواضع حق الوضع في ذلك المكان اذا عطب بالموضوع شيء ان عطب والموضوع في مكانه لم يزل يضمن الواضع وان عطب به بعد ما زال الموضوع عن
مكانه ان زال بجزيل نحو أن يضع جرة في الطريق فهبت بها الريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيأ لا يضمن
الواضع وكذا لو وضع حجرا في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر شيأ لا يضمن الواضع لان جنايته زالت بالماء والريح * وان كان أزاله
عن الموضع الذي كان فيه لا بجزيل بأن وضع جرة في الطريق ثم جاء آخر ووضع جرة أخرى في الطريق فتدحرجت احداهما على الاخرى
فانكسرتا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يضمن كل واحد منهما جرة صاحبه * وعنه في رواية يضمن صاحب الجرة القائمة في موضعها قيمة
الجرة التي زالت عن موضعها لان جناية صاحب الاولى قد زالت * وان دحرجتها الريح ونحتها عن موضعها فعطب بها شيء لا يضمن صاحب
الجرة التي دحرجتها الريح لما قلنا بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها * وكذا لو وضع حجرا في الطريق فعثر به انسان وأزاله ومات الذي عثر
ضمن الواضع * وان عثر بالميت انسان وهلك كان على عاقلة الميت ديته من عثر بالميت لان جنايته قد زالت حيث زال الحجر عن ذلك الموضع

حنيفة رحمه الله تعالى لا بأس ببيع المغشوش اذا بينه أو كان ظاهرا يرى وهو قول أبي يوسف رحمه الله
تعالى وقال في رجل حمل الغش الى الصاص لا يبيعها حتى يبين قال ولا بأس بأن يشتري بستوقة اذا بين
وأرى للسلطان أن يكسرها ولعلها تقع في يد من لا يبين كذا في الذخيرة * بشر في الاملاء عن أبي يوسف
رحمه الله تعالى أكره للرجل أن يعطي الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والبخارية و...
ذلك ويجوز بها عند الاخذ من قبل أن انفاقها ضرر بالعوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه وليس بسفه
ترى هذين الضررين من قبل ما يجوز فيه من الدلسة على الجاهل به ومن الفاجر الذي لا يتحرج
قال فكل شيء لا يجوز بين الناس فانه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه كذا في
المحيط * والله أعلم

(كتاب الكفالة) (وفيه خمسة أبواب)

(الباب الاول في تعريف الكفالة وركنها وشرائطها)

أما تعريفها فقيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح كذا في الهداية * وأما ركنها
فالايجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا حتى لا
الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في
مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب لآخر اكفل بنفس فلان لي فقال
كفلت أو قال رجل اجنبي لغيره اكفل بنفس فلان أو بمال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت فتصح
الكفالة وتتوقف على ما وراء المجلس على اجازة المكفول له وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز
الغائب كفالته أما اذا لم يوجد شيء من ذلك بأن قال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان على
فلان من الدين فانها لا تتوقف على ما وراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لم تصح ثم رجع أبو يوسف رحمه الله
تعالى وقال الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد كذا في المحيط *
ثم اختلفوا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقيل عنده تجوز بوصف التوقف حتى لو رضي بها الطالب
تنفذ والا تبطل وقيل هي جائزة عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح كذا في
الكافي * وهو الاظهر كذا في فتح القدير * وفي البزازية وعليه الفتوى كذا في النهر الفائق * وهكذا في البحر
الرائق * وان وجد الخطاب أو القبول من المكفول عنه بأن قال المطلوب لرجل اكفل عني لفلان بنفسي أو
بماله علي أو كفل رجل بمال عن مطلوب أو بنفسه وقبل عنه المطلوب ان وجد الخطاب أو القبول عن
المطلوب

فيجب ضمان من عثر بالميت على الواضع * ولو وضع رجل في الطريق جرة مملوءة من الزيت أو غيره ثم جاء آخر ووضع بجنب هذه الجرة
جرة أخرى فسال من الاولى شيء وابتل المكان فوقعت على الاخرى فكسرت الاولى قال محمد رحمه الله تعالى أولا لا أدري هذا ثم قال
يضمن صاحب الاولى * وذكر ابن رستم رحمه الله تعالى رجل وضع في الطريق جرة فيها زيت أو ليس فيها شيء فوضع رجل آخر في الطريق
جرة أخرى فتدحرجت احداهما فأصابت الاخرى فانكسرتا قال يضمن صاحب القائمة التي لم تتدحرج قيمة الجرة التي تدحرجت ويضمن
ما فيها من الزيت أيضا لان كل واحد منهما كان متعديا بالوضع في الطريق الا أن جناية صاحب القائمة لم تزل وجناية صاحب التي
تدحرجت قد زالت فما تلف بالجرة القائمة يضمن صاحبها وما تلف بالجرة التي تدحرجت لم يضمن صاحبها * وهذا يوافق ما قلنا عن الشيخ
الامام الحلواني رحمه الله تعالى في المسئلة الاولى * رجل أوقف دابته في سوق الدواب فأتلفت الدابة شيأ لا يضمن صاحبها
لان ايقاف الدواب في سوق الدواب يكون باذن الوالي فلا يكون موجبا للضمان * وكذلك أرباب السفن اذا أوقفوا السفينة على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقفة فانكسرت الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية فان انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة لان الامام أذن لارباب السفن بايقاف السفن على الشط فلا يكون فعلهم تعديا * رجل وضع شيأ في الطريق فنفرت عنه دابة رجل وأتلفت شيأ لا يضمن الواضع اذا لم يصبها الموضوع في الطريق * وكذلك رجل أشهد عليه في حائط مائل الى طريق المسلمين فسقط الحائط فنفرت عنه دابة رجل فقتلت رجلا لا يضمن صاحب الحائط المائل
انما يضمن صاحب الحائط اذا سقط الحائط على انسان أو دابة فقتله * رجل مر في سوق المسلمين فتعلق ثوبه بقفل حانوت رجل فتخرق
قال الشيخ الامام أبو القاسم رحمه الله تعالى ان كان القفل في ملكه لا يضمن وان كان في غير ملكه ضمن * ثم قال وههنا شيء آخر انه اذا
... تعلق ثوبه فتخرق بجره لا يضمن صاحب القفل وان لم يعلم أن ثوبه تعلق بالقفل لانه اذا جر الثوب فهو الذي خرقه * رجل دق في
... فسقط من ذلك في دار جاره شيء وتلف كان ضمان ذلك على من دق في داره * رجل دخل بيت رجل فأذن له صاحب البيت بالجلوس
... فجلس عليها فاذا تحتها قارورة فيها دهن لا يعلم به فانسحقت القارورة وذهب الدهن فضمان الدهن وضمان ما تخرق من الوسادة
... على الجالس * ولو كانت القارورة تحت ملاءة قد غطاها فأذن له بالجلوس على الملاءة لا يضمن الجالس * قال الفقيه أبو الليث
رحمه الله تعالى في الوسادة لا يضمن عند البعض أيضا وهو أقرب الى القياس لان الوسادة لا تمسك الجالس كما لا تمسك الملاءة وعليه الفتوى

معه في صحته فانه لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله
تعالى أولا ويكون خطاب المكفول عنه أو قبوله بمنزلة العدم وان كان الخطاب من المطلوب في مرضه ان
يضمن وارثه بذلك بأن تكفل عنه بالمال الذي لفلان عليه ثم مات من مرضه فالقياس أن لا تصح الكفالة
عندهما وفي الاستحسان تصح حتى اذا مات أخذت الورثة بذلك بحكم الكفالة وان كان المكفول له غائبا
كذا في المحيط * ولو مات لا عن تركة لا تؤاخذ الورثة بأدائه كذا في محيط السرخسي * وان قال ذلك لاجنبي
من الاجنبي اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه
... المريض والصحيح في حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر
لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام
... عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس كذا
في الكافي والتبيين والكفاية والنهاية والعيني * وهو الاوجه كذا في فتح القدير * ولو قالت الورثة للمريض
... كل دين لهم عليك ولم يحضر المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم تصح ولو قالوا ذلك بعد موته
صحت الكفالة استحسانا كذا في فتاوى قاضيخان * وأما شرائطها فأقسام أربعة * القسم الاول ما يرجع
الى الكفيل * فمنه العقل والبلوغ وانهما من شرائط الانعقاد فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون الا اذا
استدان ولي دينا في نفقة اليتيم وأمره بأن يضمن المال عنه فانه يصح ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز
كذا في البحر الرائق * واذا كفل الصبي بنفس أو مال ثم بلغ وأقر بالكفالة لا يؤخذ بها الا انه أقر بكفالة
... فوقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ وبين الطالب فقال الطالب كفلت وأنت رجل وقال
... كفلت وأنا صبي فالقول قول الصبي ولو قال كفلت وأنا مجنون أو معتوه علي أو مبرسم وأنكر الطالب
... كفلت وأنت صحيح ان كان ذلك معهودا من المقر فالقول قول المقر وان لم يكن ذلك معهودا
فالقول قول الطالب كذا في المحيط * ومنه الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد
محجورا كان أو مأذونا له في التجارة ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق وأما صحة بدن الكفيل فليست بشرط
... كفالته فتصح كفالة المريض من الثلث كذا في البدائع * القسم الثاني ما يرجع الى الاصيل
منه أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا تصح
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تصح كذا في البدائع
والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الزاد * ولو ترك مالا جاز بقدره كذا في محيط السرخسي
* ومنه أن يكون معلوما اذا كانت الكفالة مضافة حتى ان من قال لغيره كفلت لك بما بايعت أحدا من

حنيفة رحمه الله تعالى لا بأس ببيع المغشوش اذا بينه أو كان ظاهرا يرى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال في رجل حمل الفضة على النحاس لا يبيعها حتى يبين قال ولا بأس بأن يشتري بستوقة اذا بين وأرى للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في يد من لا يبين كذا في الذخيرة * بشر في الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أكره للرجل أن يعطي الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والبخارية وان بين ذلك ويتجوز بها عند الاخذ من قبل أن انفاقها ضرر بالعوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه وليس يصلح تراني هذين الخاسرين من قبل ما يجوز فيه من التدليس على الجاهل به ومن الفاجر الذي لا يتحرج قال فكل شيء لا يجوز بين الناس فانه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه كذا في المحيط * والله أعلم

(كتاب الكفالة) (وفيه خمسة أبواب)

(الباب الاول في تعريف الكفالة وركنها وشرائطها)

أما تعريفها فقيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح كذا في الهداية * وأما ركنها فالايجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا حتى ان الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب لآخر اكفل بنفس فلان لي فقال كفلت أو قال رجل أجنبي لغيره اكفل بنفس فلان أو بمال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت فهذه الكفالة تتوقف على ما وراء المجلس على اجازة المكفول له وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته أما اذا لم يوجد شيء من ذلك بأن قال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان على فلان من الدين فانها لا تتوقف على ما وراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لم تصح ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد كذا في البدائع * واختلفوا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقيل عنده تجوز بوصف التوقف حتى لو رضي بها الطالب تنفذ والا تبطل وقيل هي جائزة عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح كذا في الكافي * وهو الاظهر كذا في فتح القدير * وفي البزازية وعليه الفتوى كذا في النهر الفائق * وهكذا في البحر الرائق * وان وجد الخطاب أو القبول من المكفول عنه بأن قال المطلوب لرجل اكفل عني لفلان بنفسي أو بماله علي أو كفل رجل بمال عن مطلوب أو بنفسه وقبل عنه المطلوب ان وجد الخطاب أو القبول من

المطلوب

أيضا لانه هو الذي وضع الحمل في ذلك الموضع اذ لم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الموضع فعل غيره * ولو وضع جرة على حائط فسقطت على رجل فأتلفته لا يضمن الواضع اذا كان له حق الوضع على الحائط لانه لا يكون متعديا * ولو وضع جرة في طريق المسلمين ووضع آخر جرة في ذلك الطريق فتدحرجت احداهما وكسرت الاخرى ذكر في الاصل أنه لا ضمان على الذي تدحرجت جرته لان جنايته قد زالت فبرئ عن الضمان * وان انكسرت التي تدحرجت كان ضمانها على صاحب الجرة القائمة لانه كان متعديا في الوضع ولم تزل جنايته * ولو أوقف رجل دابة في الطريق ورجل آخر كذلك فنفرت احداهما وضربت فأصابت الاخرى لا يضمن صاحب النافرة لان جنايته قد زالت * ولو تلفت النافرة بالاخرى كان ضمان النافرة على صاحب الاخرى لما قلنا في الجرتين وقال الشيخ الامام أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى في مسئلة الجرتين ان كانت الجرتان على جادة الطريق ضمن كل واحد منهما قيمة جرة صاحبه اذا تدحرجت احداهما فأصابت الاخرى فانكسرتا * ولو أن رجلا اغترف من الحوض الكبير بجرة فوضعها على الشط ثم جاء آخر وفعل مثل ذلك فتدحرجت الاخيرة وصدمت الاولى فانكسرتا قال بعضهم يضمن صاحب الجرة الاخيرة قيمة الجرة الاولى لصاحبها * وقال بعضهم يضمن كل واحد منهما جرة صاحبه * والاصل في هذه المسائل أن في كل موضع كان للواضع حق الوضع في ذلك المكان لا يضمن على كل حال اذا تلف بذلك الموضوع شيء سواء تلف به وهو في مكانه أو بعدما زال عن مكانه وفي كل موضع لم يكن للواضع حق الوضع في ذلك المكان اذا عطب بالموضوع شيء ان عطب والموضوع في مكانه لم يزل يضمن الواضع وان عطب به بعدما زال الموضوع عن مكانه ان زال بمزيل نحو أن يضع جرة في الطريق فهبت بها الريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئا لا يضمن الواضع وكذا لو وضع حجرا في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئا لا يضمن الواضع لان جنايته زالت بالماء والريح * وان كان الزوال عن الموضع الذي كان فيه لا بمزيل بأن وضع جرة في الطريق ثم جاء آخر ووضع جرة أخرى في الطريق فتدحرجت احداهما على الاخرى فانكسرتا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يضمن كل واحد منهما جرة صاحبه * وعنه في رواية يضمن صاحب الجرة القائمة في موضعها قيمة الجرة التي زالت عن موضعها لان جناية صاحب الاولى قد زالت * وان دحرجتها الريح ونحتها عن موضعها فعطب بها شيء لا يضمن صاحب الجرة التي دحرجتها الريح لما قلنا بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها * وكذا لو وضع حجرا في الطريق فعثر به انسان وأزاله ومات الذي عثر ضمن الواضع * وان عثر بالميت انسان ومات كان على عاقلة المتعثر به من عثر بالميت لان جنايته قد زالت حيث زال الحجر عن ذلك الموضع

المطلوب في صحته فانه لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا ويكون خطاب المكفول عنه وقبوله بمنزلة العدم وان كان الخطاب من المطلوب في مرضه ان يضمن ورثته ذلك بأن تكفل عنه بالمال الذي لفلان عليه ثم مات من مرضه فالقياس أن لا تصح الكفالة عندهما وفي الاستحسان تصح حتى اذا مات أخذت الورثة بذلك بحكم الكفالة وان كان المكفول له غائبا كذا في المحيط * ولو مات لا عن تركة لا تؤاخذ الورثة بأدائه كذا في محيط السرخسي * وان قال ذلك لاجنبي ففي الاجنبي اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون التزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتعين الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس كذا في التبيين والكفاية والنهاية والعيني * وهو الاوجه كذا في فتح القدير * ولو قالت الورثة للمريض تضمن كل دين لهم عليك ولم يطلب المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم تصح ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة استحسانا كذا في فتاوى قاضيخان * وأما شرائطها فأقسام أربعة * القسم الاول ما يرجع الى الكفيل * فمنه العقل والبلوغ وانهما من شرائط الانعقاد فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون الا اذا استدان الولي دينا في نفقة اليتيم وأمره بأن يضمن المال عنه فانه صحيح ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز كذا في البحر الرائق * واذا كفل الصبي بنفس أو مال ثم بلغ وأقر بالكفالة لا يؤاخذ بها لانه أقر بكفالة باطلة فان وقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ وبين الطالب فقال الطالب كفلت وأنت رجل وقال الصبي كفلت وأنا صبي فالقول قول الصبي ولو قال كفلت وأنا مجنون أو مغمى علي أو مبرسم وأنكر الطالب ذلك وقال كفلت وأنت صحيح ان كان ذلك معهودا من المقر فالقول قول المقر وان لم يكن ذلك معهودا فالقول قول الطالب كذا في المحيط * ومنه الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا أو مأذونا في التجارة ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق وأما صحة بدن الكفيل فليست بشرط فالكفالة تصح كفالة المريض من الثلث كذا في البدائع * القسم الثاني ما يرجع الى الاصيل منه أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تصح كذا في البدائع والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الزاد * ولو ترك مالا جاز بمقداره كذا في محيط السرخسي * ومنه أن يكون معلوما اذا كانت الكفالة مضافة حتى ان من قال لغيره كفلت لك بما بايعت أحدا من

فيجب ضمان من عثر بالميت على الواضع * ولو وضع رجل في الطريق جرة لها من الزيت أو غيره ثم جاء آخر ووضع بجنب هذه الجرة جرة أخرى فزال من الاولى شيء وابتل المكان فوقعت على الاخرى فكسرت الاولى قال محمد رحمه الله تعالى أولا لا أدري هذا ثم قال يضمن صاحب الاولى * وذكر ابن رستم رحمه الله تعالى رجل وضع في الطريق جرة فيها زيت أو ليس فيها شيء ثم وضع رجل آخر في الطريق جرة أخرى فتدحرجت احداهما فأصابت الاخرى فانكسرتا قال يضمن صاحب القائمة التي لم تتدحرج قيمة الجرة التي تدحرجت وضمن ما فيها من الزيت أيضا لان كل واحد منهما كان متعديا بالوضع في الطريق الا أن جناية صاحب القائمة لم تزل وجناية صاحب التي تدحرجت قد زالت فما تلف بالجرة القائمة يضمن صاحبها وما تلف بالجرة التي تدحرجت لم يضمن صاحبها * وهذا يوافق ما قلنا عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى في المسئلة الاولى * رجل أوقف دابة في سوق الدواب فأتلفت الدابة شيئا لا يضمن صاحبها لان ايقاف الدواب في سوق الدواب يكون باذن الوالي فلا يكون موجبا للضمان * وكذلك أرباب السفن اذا أوقفوا السفينة على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقفة فانكسرت الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية فان انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة لان الامام اذن لارباب السفن بايقاف السفن على الشط فلا يكون فعلهم تعديا * رجل وضع شيئا في الطريق فنفرت عنه دابة رجل وأتلفت شيئا لا يضمن الواضع اذا لم يصبها الموضوع في الطريق * وكذلك رجل أشهد على حائط مائل الى طريق المسلمين فسقط الحائط فنفرت عنه دابة رجل فقتلت رجلا لا يضمن صاحب الحائط المائل وانما يضمن صاحب الحائط اذا سقط الحائط على انسان أو دابة فقتله * رجل مر في سوق المسلمين فتعلق ثوبه بقفل حانوت رجل فتخرق قال الشيخ الامام أبو القاسم رحمه الله تعالى ان كان القفل في ملكه لا يضمن وان كان في غير ملكه ضمن * ثم قال وهو ناسي آخر انه اذا مر به بعلم تعلق ثوبه به فتخرق بجره لا يضمن صاحب القفل وان لم يعلم ان ثوبه تعلق بالقفل لانه اذا جر الثوب فهو الذي خرق * رجل دق في داره شيئا فسقط من ذلك في دار جاره شيء وتلف كان ضمان ذلك على من دق في داره * رجل دخل بيت رجل فأذن له صاحب البيت بالجلوس على وسادة فجلس عليها فاذا تحتها قارورة فيها دهن لا يعلم به فاندقت القارورة وذهب الدهن فضمان الدهن وضمان ما تخرق من الوسادة والقارورة على الجالس * ولو كانت القارورة تحت ملاءة قد غطاها فأذن له بالجلوس على الملاءة لا يضمن الجالس * قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في الوسادة لا يضمن عند البعض أيضا وهو أقرب الى القياس لان الوسادة لا تمسك الجالس كما لا تمسكه الملاءة وعليه الفتوى

وان اذن له بالجلوس على سطح فانخسف به فوقع على سطح مملوك للآذن ضمن الجالس * قال مولانا رضى الله تعالى عنه هذه المسائل من مسائل الجنايات وانما ذكرناها هنا لانها سبب لضمان المال فكان بمنزلة الغصب * رجل قلع تالة من أرض رجل وغرسها فى ناحية أخرى من تلك الارض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمة التالة يوم قلع التالة ويؤمر الغاصب بقلع الشجرة فان كان القلع يضر بالارض كان لصاحب الارض أن يعطيه قيمة الشجرة المقلوعة * رجل قطع أشجار كرم لانسان كان عليه قيمتها * وطريق معرفة القيمة أن يقوم الكرم مع الاشجار القائمة ويقوم مقلوع الاشجار فما بينهما يكون قيمة الاشجار فاذا عرفت قيمة الاشجار بعد ذلك يخير صاحب الكرم ان شاء دفع الاشجار المقطوعة الى الغارس وضمنه تلك القيمة وان شاء أمسك المقطوعة ويرفع من قيمة الاشجار قيمة الاشجار المقطوعة ويضمنه الباقى * رجل قطع شجرة فى دار رجل بغير أمره يخير (٣٥٤) صاحب الدار ان شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة لانه أتلف عليه شجرة قائمة * وطريق معرفة تلك القيمة ان تقوم الدار مع الشجرة وتقوم بغير شجرة فيضمنه فضل ما بينهما * وان أمسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان كان له ذلك لانه أتلف عليه القائم * وطريق معرفة ذلك أنه اذا ظهرت قيمة الشجرة القائمة بالطريق الذى قلنا فيما تقدم فبعد ذلك ينظر الى تلك القيمة والى قيمة الشجرة المقطوعة فنفضل ما بينهما قيمة نقصان القطع * فان كانت قيمة المقطوعة وقيمة غير المقطوعة سواء فلا شئ على القاطع لانه لم يتلف شيأ * رجل له شجرة الجوز أخرجت الشجرة جوزا صغارا رطبة فأتلف انسان تلك الجوزات كان عليه نقصان الشجرة لان تلك الجوزات وان لم تكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالاتلاف اذا لم تكن على الشجرة فباتلافها وقطعها انتقص قيمة الشجرة فينظر الى ان الشجرة بدون تلك الجوزات بماذا تشترى ومع تلك الجوزات بماذا تشترى فيضمن فضل ما بينهما * وكذلك رجل كسر غصنا من اغصان أرض الشجرة القائمة تقوم الشجرة مع الغصن وتقوم بدون الغصن فيضمن فضل ما بينهما * رجل استأجر فأسا ودفع الى أجيره ليعمل به فذهب به الاجير قال بعضهم يضمن المستأجر قيمة الفأس وقال بعضهم ينظران استأجر الاجير أولا لا يضمن * قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغى أن لا يضمن على كل حال لان المستأجر يملك الاجارة فيملك الاعارة والايداع * رجل غصب دابة فهلكت وأقام صاحبها البينة أنها هلكت عنده من ركوبه وأقام الغاصب بينة أنه ردها وماتت عند صاحبها كانت بينة صاحبها أولى ويقضى على الغاصب بالقيمة * وكذا لو شهدوا صاحبها ان الغاصب قتلها أو كان المغصوب دارا فاقام صاحبها البينة ان الغاصب هدم الدار وأقام الغاصب بينة أنه ردها على صاحبها كانت بينة صاحبها أولى لان القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد فيجعل كأن الغاصب ردها ثم هدم الدار وقتل الدابة فكانت بينة صاحبها أولى لانها

الناس كانت الكفالة باطلة * ولو قال كفلت لك بمالك على فلان أو بمالك على فلان آخر جاز ويكون للكفيل الخيار وان كان المكفول عنه مجهولا لعدم كونها مضافة هكذا فهم من الذخيرة والمحيط فى فصل الكفالة مع الجهالة ومن النهاية ولا يشترط أن يكون حرا عاقلا بالغا كذا فى البحر الرائق * فاذا ادعى رجل على صبى أو مجنون شيأ وكفل رجل بنفسه أو بما عليه بغير اذن وليه فانه تصح الكفالة سواء كان الصبى مأذونا له فى التجارة أو غير مأذون وسواء كان عاقلا أو غير عاقل فان أخذ الكفيل باحضاره فأراد الكفيل أن يحضر الصبى فان حصلت الكفالة باذن من يلى عليه يجبر وان حصلت من غير اذن من يلى عليه ومن غير اذن الصبى لا يجبر الصبى على الحضور وان كان الصبى هو الذى طلب ذلك من الكفيل فان يؤمر بالحضور فان كان مأذونا له فى التجارة يؤمر وان كان محجورا لا يجبر الصبى على الحضور واذا كفل عنه بمال وأدى فى هذه الصورة كان له أن يرجع على الصبى واذا أدى الكفيل ما كفل به لا يرجع على الصبى كذا فى المحيط * القسم الثالث ما يرجع الى المكفول له * فمنه أن يكون معلوما كذا فى البدائع * فلو قال الرجل لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف درهم أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له هكذا فى الذخيرة * لو قال لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم فعلى صح فى حق المخاطبين دون غيرهم كذا فى محيط السرخسى * ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار الى قوم معدودين فأنا كفيل عنك بثمنه جاز لان المكفول له معلوم كذا فى خزانة المفتين * ومنه وهو تفريع على قولهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل ولا يجوز قبول وليهما عنه وأما حرية المكفول له فليست بشرط هكذا فى البدائع * القسم الرابع ما يرجع الى المكفول به * فمنه أن يكون مضمونا على الاصيل بحيث يجبر الاصيل على تسليمه كذا فى الذخيرة * فتجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالديون والاعيان المضمونة كالمغصوب والمهر فى يد الزوج وبدل الخلع فى يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد والمبيع بيعا فاسدا هكذا فى التبيين * وتجوز الكفالة بالمقبوض على سوم الشراء ان كان الثمن مسمى والا فهو أمانة هكذا فى النهر الفائق * ولا تجوز الكفالة بالامانات كالودائع وأموال المضاربات والشركات لان هذه الاشياء غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها كذا فى الذخيرة * وكذا بعين المرهون والمستعار والمستأجر هكذا فى الكافى * وأما الكفالة بتمكين المودع من الاخذ فصحيحة كذا فى الذخيرة * وكذا بتسليم الرهن بعد القبض وبتسليم المستأجر الى المستأجر هكذا فى الكافى * أما الكفالة بتسليم العارية فقد نص محمد رحمه الله تعالى فى الجامع ان الكفالة به صحيحة كذا فى الذخيرة * والكفالة بتسليم الشاهد ليحضر مجلس القاضى فيشهد لا تجوز كذا فى الفصول العمادية * ومنه أن يكون مقدور التسليم من الكفيل وعن هذا قلنا ان من يقبل من رجل بناء دار معلومة أو كراب

تثبت سببا حادثا للضمان * ولو أقام صاحبها البينة أنها ماتت عند الغاصب وأقام الغاصب بينة أنه ردها فماتت عند صاحبها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى بينة صاحبها أولى لما قلنا * وقال محمد رحمه الله تعالى يقضى ببينة الغاصب لانها قامت على الاثبات وهو اثبات فعل الرد وليس فى بينة صاحبها اثبات فعل على الغاصب ولا اثبات سبب الضمان بعد الغصب بخلاف الاول * رجل غصب حنطة وطحنها فان الدقيق يكون للغاصب وعليه حنطة لصاحبها ثم فى القياس للغاصب ان يأكل هذا الدقيق وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفى الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بالدقيق ما لم يؤد الضمان بالتراضى أو بقضاء القاضى أو يقضى القاضى عليه بالضمان لان أجزاء الحنطة تفرقت بالطحن ولم تتبدل فلا يحل له أن يأكل وينتفع به ما لم يتحول المغصوب الى الغاصب بالضمان وذلك باستيفاء الضمان أو بقضاء القاضى بالضمان * وقيل هذا قول محمد رحمه الله تعالى أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يحل له أن يأكل الدقيق (٣٥٥) وينتفع به لان ملك المغصوب منه قد تبدل * وكذا اذا غصب لحما فطبخه * وعن هذا قالوا اذا غصب طعاما فمضغه وأكله حل له ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه صار مستهلكا بالمضغ فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى شرط الطيب ثبوت الملك بالبدل * وعند صاحبيه رحمهما الله تعالى أداء البدل وقولهما أقرب الى الاحتياط * وذكر فى الاصل اذا غصب حنطة فزرعها أو نوى فغرسه أو تالة فأنبتها أو غصب غزلا فنسجه لا يحل للغاصب أن ينتفع بها قبل أداء الضمان أو يقضى القاضى بالضمان * وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى التالة اذا أنبتها الغاصب لا يحل له أن ينتفع بها قبل أداء الضمان وفيما سوى ذلك يحل * رجل غصب جارية فزنت عنده ثم ردها على المالك فولدت عند المالك وماتت فى نفاسها أو مات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس عليه الا نقصان الحبل * ولو غصب جارية صحيحة فحمت عنده فردها محمومة وماتت عند المالك من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان الحمى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى * ولو غصب جارية فحمت عنده أو ابيضت عينها أو حبلت فردها وأدى معها أرش العين ونقصان الحمى ثم ذهب بياض عينها أو ولدت وسلمت فان المولى يرد ما أخذ من أرش البياض ونقصان الحمى * أما فى الحبل ينظر ان كان من الزنا فانه ينظر الى أرش الحبل ونقصان عيب الزنا فان كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيأ وان كان أرش الحبل أكثر يرد الفضل عن نقصان عيب الزنا لان عيب الزنا قائم وعيب الحمل قد زال * ولو كان الحبل من زوج لا ضمان على الغاصب فيه على كل حال وان ماتت عنده من ذلك * ولو كان المولى هو الذى أحبلها ثم ماتت عند الغاصب من ذلك الحبل أو من غيره لا ضمان على الغاصب فيها * ولو أن رجلين اختصما رجلا فى جارية وأقام أحد

رهن معلومة وأعطاه كفيلا بذلك فان كان شرط العمل مطلقا جازت الكفالة وان شرط على هذا الرجل بعينه فان كفل بنفس العمل لا يجوز وان كفل بتسليم نفسه فهو جائز وكذا اذا تكارى ابلا الى بلد معين وأخذ من المكارى كفيلا فان كانت الابل بغير عينها صحت الكفالة بالتسليم ولا تصح بالحمل عليها كذا فى الذخيرة * وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل كذا فى الهداية * وكذلك لا تصح الكفالة بالقصاص والحدود وكذا لو كفل بنفس رجل غائب لا يعرف مكانه لا تصح الكفالة كذا فى الذخيرة * ومنه أن يكون الدين صحيحا فلا تجوز ببدل الكتابة هكذا فى النهاية * وبدل السعاية كبدل الكتابة فلا تصح كفالة أحد عنه لانه كالمكاتب عنده وعندهما هو حر عليه دين فتصح كذا فى الكافى * ولا يشترط أن يكون معلوم القدر هكذا فى البحر الرائق

* (الباب الثانى فى ألفاظ الكفالة وأقسامها وأحكامها وما يتعلق بها)* (وفيه خمسة فصول)

* (الفصل الاول فى الالفاظ التى تقع بها الكفالة وما لا تقع)* وللكفالة ألفاظ ضمان وكفالة وحمالة وزعامة وغرامة أو يقول على أو الى كذا فى شرح الطحاوى * ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة فى عرف والعادة كذا فى التتارخانية ناقلا عن التفريد * وتصح بكفلت عنه وبما يعبر عن البدن حقيقة كنفسه وجسده أو عرفا كروحه ورأسه ووجهه وبجزء شائع كنصفه وثلثه وجزئه كذا فى الكافى * ولو قال كفلت يده ورجله أو نحوه مما لا تصح اضافة الطلاق اليه لا تصح به الكفالة كذا فى فتاوى قاضيخان * ولو كفل بعينه لم يذكره فى الكتاب وحكى الفقيه أبو بكر البلخى أنه قال لا تصح الكفالة ولو نوى بدن صحت النية وأما من غير نية فيصرف الى العضو الفرد وهو عين الباصرة هكذا فى محيط السرخسى * وذكر فصل الفرج فى كتاب الطلاق ولم يذكرها هنا قالوا ينبغى أن تصح اضافة الكفالة اليه متى كان الفرج مضافا الى المرأة كذا فى المحيط * اذا أضاف الجزء الى الكفيل بأن قال الكفيل كفلت لك نصفى أو ثلثى فانه لا يجوز ذكره الكرخى فى باب الرهن كذا فى السراج الوهاج * ولو قال على أن أوافيك به صار كفيلا فهو بمنزلة ما لو قال على أن أسلم نفسه سواء وكذلك اذا قال على أن ألقاك به صار كفيلا وهذا وما لو قال على أن آتيك به سواء كذا فى المحيط * وفى أجناس الناطفى رحمه الله تعالى اذا قال لك عندى هذا الرجل أو قال دعه الى فهذا كفالة رأيت فى بعض المواضع ان لم أوافك به غدا فعندى لك هذا المال فلم يوافه به غدا لزمه المال هكذا فى الذخيرة * وأما اذا قال هو لدى فينبغى أن يكون كفيلا لان قوله لدى بمنزلة قوله عندى كذا فى المحيط * اذا كفل رجل بنفس رجل ودفعه الى الطالب وبرئ منه ثم ان الطالب

وان اذن له بالجلوس على سطح فانخسف به فوقع على سطح مملوك للآذن ضمن الجالس * قال مولانا رضي الله تعالى عنه هذه المسائل من مسائل الجنايات وانما ذكرناها هنا لانها سبب لضمان المال فكان بمنزلة الغصب * رجل قلع تالة من أرض رجل وغرسها في ناحية أخرى من تلك الارض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمة التالة يوم قلع التالة ويؤمر الغاصب بقلع الشجرة فان كان القلع يضر بالارض كان لصاحب الارض أن يعطيه قيمة الشجرة المقلوعة * رجل قطع أشجار كرم لانسان كان عليه قيمتها * وطريق معرفة القيمة أن يقوم الكرم مع الاشجار القائمة ويقوم مقلوع الاشجار فما بينهما يكون قيمة الاشجار واذا عرفت قيمة الاشجار بعد ذلك يخير صاحب الكرم ان شاء دفع الاشجار المقلوعة الى الغارس وضمنه تلك القيمة وان شاء أمسك المقلوعة ويرفع من قيمة الاشجار قيمة الاشجار المقلوعة ويضمنه الباقي * رجل قطع شجرة في دار رجل بغير أمره يخير صاحب الدار ان شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة لانه أتلف عليه شجرة قائمة * وطريق معرفة تلك القيمة أن تقوم الدار مع الشجرة وتقوم بغير شجرة فيضمنه فضل ما بينهما * وان أمسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان كان له ذلك لانه أتلف عليه القائم * وطريق معرفة ذلك أنه اذا ظهرت قيمة الشجرة القائمة بالطريق الذي قلنا فيما تقدم فبعد ذلك ينظر الى تلك القيمة والى قيمة الشجرة المقطوعة فيضمن فضل ما بينهما قيمة نقصان القطع * فان كانت قيمة المقطوعة وقيمة غير المقطوعة سواء فلا شيء على القاطع لانه لم يتلف شيئا * رجل له شجرة الجوز أخرجت الشجرة جوزا صغارا رطبة فأتلف انسان تلك الجوزات كان عليه نقصان الشجرة لان تلك الجوزات وان لم تكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالاتلاف اذا لم تكن على الشجرة فباتلافها وقد عيوبا تنقص قيمة الشجرة فينظر الى ان الشجرة بدون تلك الجوزات بماذا تشترى ومع تلك الجوزات بماذا تشترى فيضمن فضل ما بينهما * وكذلك رجل كسر غصنا من اغصان أرض شجرة القائمة تقوم الشجرة مع الغصن وتقوم بدون الغصن فيضمن فضل ما بينهما * رجل استأجر فأسا ودفع الى أجيره ليعمل به فذهب به الأجير قال بعضهم يضمن المستأجر قيمة الفأس وقال بعضهم ينظر ان استأجر الاجير أولا لا يضمن * قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن يضمن على كل حال لان المستأجر يملك الاجارة فيملك الاعارة والايداع * رجل غصب دابة فهلكت وأقام صاحبها البينة أنها هلكت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب بينة أنه ردها وماتت عند صاحبها كانت بينة صاحبها أولى ويقضى على الغاصب بالقيمة * وكذا لو أقام صاحبها ان الغاصب قتلها أو كان المغصوب دارا فأقام صاحبها البينة ان الغاصب هدم الدار وأقام الغاصب بينة أنه ردها على صاحبها كانت بينة صاحبها أولى لان القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد فيجعل كأن الغاصب ردها ثم هدم الدار وقتل الدابة فكانت بينة صاحبها أولى لانها

الناس كانت الكفالة باطلة * ولو قال كفلت لك بمالك على فلان أو بمالك على فلان جاز ويكون للكفيل الخيار وان كان المكفول عنه مجهولا لعدم كونها مضافة هكذا فهم من الذخيرة والخيار في نفس الكفالة مع الجهالة ومن النهاية ولا يشترط أن يكون حرا عاقلا بالغا كذا في البحر الرائق * فاذا ادعى رجل على صبي أو مجنون شيئا أو كفل رجل بنفسه أو بما عليه بغير اذن وليه فانه تصح الكفالة سواء كان الصبي مأذونا له في التجارة أو غير مأذون وسواء كان عاقلا أو غير عاقل فان أخذ الكفيل باحضاره فأراد الكفيل أن يحضر الصبي فان حصلت الكفالة باذن من يلي عليه يجبر وان حصلت من غير اذن من يلي عليه ومن غير اذن الصبي لا يجبر الصبي على الحضور وان كان الصبي هو الذي طلب ذلك من الكفيل هل يؤمر بالحضور فان كان مأذونا له في التجارة يؤمر واذا كفل عنه بمال وأدى في هذه الصورة كان له أن يرجع على الصبي وان كان محجورا لا يجبر الصبي على الحضور واذا أدى الكفيل ما كفل به لا يرجع على الصبي كذا في المحيط * القسم الثالث ما يرجع الى المكفول له * فمنه أن يكون معلوما كذا في البدائع * فلو قال الرجل لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف درهم أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له هكذا في الذخيرة * لو قال لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم فعلي صح في حق المخاطبين دون غيرهم كذا في محيط السرخسي * ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار الى قوم معدودين فأنا كفيل عنك بثمنه جاز لان المكفول له معلوم كذا في خزانة المفتين * ومنه وهو تفريع على قولهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا يجوز قبول وليهما عنه وأما حرية المكفول له فليست بشرط هكذا في البدائع * القسم الرابع ما يرجع الى المكفول به * فمنه أن يكون مضمونا على الاصيل بحيث يجبر الاصيل على تسليمه كذا في الذخيرة * فتجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالديون والاعيان المضمونة كالغصوب والمهور في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد والمبيع بيعا فاسدا هكذا في التبيين * وتجوز الكفالة بالمقبوض على سوم الشراء ان كان الثمن مسمى والا فهو أمانة هكذا في النهر الفائق * ولا تجوز الكفالة بالامانات كالودائع وأموال المضاربات والشركات لان هذه الاشياء غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها كذا في الذخيرة * وكذا بعين المرهون والمستعار والمستأجر هكذا في الكافي * وأما الكفالة بتمكين المودع من الاخذ فصحيحة كذا في الذخيرة * وكذا بتسليم الرهن بعد القبض وبتسليم المستأجر الى المستأجر هكذا في الكافي * أما الكفالة بتسليم العارية فقد نص محمد رحمه الله تعالى في الجامع ان الكفالة به صحيحة كذا في الذخيرة * والكفالة بتسليم الشاهد ليحضر مجلس القاضي فيشهد لا تجوز كذا في الفصول العمادية * ومنه أن يكون مقدور التسليم من الكفيل وعن هذا قلنا ان من يقبل من رجل بناء دار معلومة أو كراب

تثبت سببا حادثا للضمان * ولو أقام صاحبها البينة أنها ماتت عند الغاصب وأقام الغاصب بينة أنه ردها فماتت عند صاحبها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى بينة صاحبها أولى لما قلنا * وقال محمد رحمه الله تعالى يقضى ببينة الغاصب لانها قامت على الاثبات وهو اثبات فعل الرد وليس في بينة صاحبها اثبات فعل على الغاصب ولا اثبات سبب الضمان بعد الغصب بخلاف الاول * رجل غصب حنطة وطحنها فان الدقيق يكون للغاصب وعليه حنطة لصاحبها ثم في القياس للغاصب أن يأكل هذا الدقيق وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بالدقيق ما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي أو يقضي القاضي عليه بالضمان لان أجزاء الحنطة تفرقت بالطحن وانتقلت فلا يحل له أن يأكل وينتفع به ما لم يتحول المغصوب الى الغاصب بالضمان وذلك باستيفاء الضمان أو بقضاء القاضي بالضمان * وقيل هذا قول محمد رحمه الله تعالى أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحل له أن يأكل الدقيق وينتفع به لانه ملك المغصوب منه قد تبدل * وكذا اذا غصب لحما فطبخه * وعن هذا قال اذا غصب طعاما فمضغه وأكله حل له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه صار مستهلكا بالمضغ فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى شرط الطيب ثبوت الملك بالبدل * وعند صاحبيه رحمهما الله تعالى أداء البدل وقولهما أقرب الى الاحتياط * وذكر في الاصل اذا غصب حنطة فزرعها أو نوى فغرسه أو تالة فأنبتها أو غصب غزلا فنسجه لا يحل للغاصب أن ينتفع بها قبل أداء الضمان أو يقضي القاضي بالضمان * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في التالة اذا أنبتها الغاصب لا يحل له أن ينتفع بها قبل اداء الضمان وفيما سوى ذلك يحل * رجل غصب جارية فزنت عنده ثم ردها على المالك فولدت عند المالك وماتت في نفاسها وصح ومات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس عليه الا نقصان الحبل * ولو غصب جارية صحيحة فحمت عنده فردها محمومة وماتت عند المالك من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان الحمى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى * ولو غصب جارية فحمت عنده أو ابيضت عينها أو حبلت فردها وأدى معها أرش العين ونقصان الحمى ثم ذهب البياض عن عينها أو ولدت وسلمت فان المولى يرد ما أخذ من أرش البياض ونقصان الحمى * أما في الحبل ينظر ان كان من الزنا فانه ينظر الى ارش الحبل ونقصان عيب الزنا فان كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيئا وان كان أرش الحبل أكثر يرد الفضل عن نقصان عيب الزنا لان عيب الزنا قائم وعيب الحبل قد زال * ولو كان الحبل من زوج لا ضمان على الغاصب فيه على كل حال وان ماتت عنده من ذلك * ولو كان المولى هو الذي أحبلها ثم ماتت عند الغاصب من ذلك الحبل أو من غيره لا ضمان على الغاصب فيها * ولو أن رجلين اختصما رجلا في جارية وأقام أحد

دين معلوم وأعطاه كفيلا بذلك فان كان شرط العمل مطلقا جازت الكفالة وان شرط على هذا الرجل بعينه ذلك كفل بنفس العمل لا يجوز وان كفل بتسليم نفسه فهو جائز وكذا اذا تكارى ابلا الى بلد من بلدان وأخذ من المكاري كفيلا فان كانت الابل بغير أعيانها صحت الكفالة بالتسليم ولا تصح بالحمل عليها كذا في الذخيرة * وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل خدمته فهو باطل كذا في الهداية * وكذلك لا تصح الكفالة بالقصاص والحدود وكذا لو كفل بنفس رجل غائب لا يعرف مكانه لا تصح الكفالة كذا في الذخيرة * ومنه أن يكون الدين صحيحا فلا تجوز ببدل الكتابة هكذا في النهاية * وبدل السعاية كبدل الكتابة فلا تصح كفالة أحد عنه لانه كالمكاتب عنده وعندهما هو حر عليه دين فتصح كذا في الكافي * ولا يشترط أن يكون معلوم القدر هكذا في البحر الرائق

(الباب الثاني في ألفاظ الكفالة وأقسامها وأحكامها وما يتعلق بها) * (وفيه خمسة فصول)

(الفصل الاول في الالفاظ التي تقع بها الكفالة وما لا تقع) * وللكفالة ألفاظ ضمان وكفالة وحمالة وزعامة وغرامة أو يقول علي أو الي كذا في شرح الطحاوي * ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة كذا في التتارخانية ناقلا عن التفريد * وتصح بكفلت عنه وبما يعبر عن البدن حقيقة كنفسه وجسده أو عرفا كروحه ورأسه ووجهه وبجزء شائع كنصفه وثلثه وجزئه كذا في الكافي * ولو قال كفلت بيده ورجله أو نحوه مما لا تصح اضافة الطلاق اليه لا تصح به الكفالة كذا في فتاوى قاضيخان * ولو كفل بعينه لم يذكره في الكتاب وحكى الفقيه أبو بكر البلخي أنه قال لا تصح الكفالة ولو نوى البدن صحت النية وأما من غيرنية فينصرف الى العضو المفرد وهو عين الباصرة هكذا في محيط السرخسي * وذكر فصل الفرج في كتاب الطلاق ولم يذكره ههنا قالوا ينبغي أن تصح اضافة الكفالة اليه متى كان الفرج مضافا الى المرأة كذا في المحيط * اذا أضاف الجزء الى الكفيل بأن قال الكفيل كفلت لك نصفي أو ثلثي فانه لا يجوز ذكره الكرخي في باب الرهن كذا في السراج الوهاج * ولو قال علي أن أوافيك به صار كفيلا فهذا وما لو قال علي أن أسلم نفسه سواء وكذلك اذا قال علي أن ألقاك به صار كفيلا وهذا وما لو قال علي أن آتيك به سواء كذا في المحيط * وفي أجناس الناطفي رحمه الله تعالى اذا قال لك عندي هذا الرجل أو قال دعه الي فهذا كفالة رأيت في بعض المواضع ان لم أوافك به غدا فعندي لك هذا المال فلم يوافه به غدا لزمه المال هكذا في الذخيرة * وأما اذا قال هو لدي فينبغي أن يكون كفيلا لان قوله لدي بمنزلة قوله عندي كذا في المحيط * اذا كفل رجل بنفس رجل ودفعه الى الطالب وبرئ منه ثم ان الطالب

المدعين البينة أن ذا اليد غصب مني هذه الجارية في وقت كذا وأقام المدعي الآخر البينة ان ذا اليد غصبه مني هذه الجارية في وقت آخر وقتا بعد الوقت الاول قال هي للثاني في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى الغاصب قيمتها للاول وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الجارية للاول ولا يضمن الغاصب للثاني شيأ * غاصب الغاصب اذا استهلك المغصوب أو هلك عنده فأدى القيمة الى الاول برئ عن الضمان وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يبرأ * ولو رده على الغاصب الاول برئ من الغصب ولو أقر الغاصب الاول انه أخذ القيمة من الثاني لم يصح اقراره على المغصوب منه وكان للمغصوب منه أن يضمن الثاني الا أن يقيم الثاني البينة على ما ادعى * وكذا لو كان مكان الثاني غاصب المودع * الغاصب اذا تزوج بدراهم الغصب امرأة أو اشترى بها شيأ عن محمد رحمه الله تعالى انه يحل له الوطء والانتفاع * ولو كان الغصب عرضا فاشترى بالعرض (٣٥٦) شيأ لا يحل له أن ينتفع بالمشترى قبل أداء الضمان * ولو تزوج امرأة بالعرض المغصوب حل له وطؤها * رجل كسر عصا رجل أو خرق ثوبه ضمن النقصان * ولو كان الكسر فاحشا بأن صار حطبا أو وتدا لا ينتفع به منفعة العصا أو كان الخرق فاحشا كان له أن يضمنه القيمة والخرق الفاحش عند البعض ما ينقص به أكثر من نصف القيمة * ولو شق الثوب بنصفين كان له الخيار ان شاء ضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه القيمة * رجل غصب عبدا حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له النقصان * ولو كان العبد مغنيا فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب شيأ * رجل غصب خمرا فخللها بغير شيء أخذه صاحبه بغير شيء * ولو غصب عصيرا فصار خلا عنده كان لصاحبه أن يضمنه * واذا غزلت المرأة قطن زوجها فهو على وجوه اما ان أذن لها بالغزل أو نهاها عن الغزل أو لم يأذن ولم ينه ولكنه سكت ولم يعلم بغزلها فان أذن لها بالغزل فهو على وجوه أربعة * أحدها أن يقول لها اغزليه لي أو يقول اغزليه لنفسك * أو يقول اغزليه ليكون الثوب لي ولك أو قال اغزليه ولم يزد في الوجه الاول وهو ما اذا قال اغزليه لي كان الغزل للزوج وان كان قال اغزليه لي بأجر كذا كان الغزل للزوج وعليه الاجر المسمى للمرأة وان لم يذكر الاجر كان الغزل للزوج ولا شيء عليه لانها متطوعة من حيث الظاهر * وان اختلفا فقالت المرأة غزلت بأجر وقال الزوج لم أذكر الاجر كان القول قول الزوج مع اليمين * ولو كان قال لها اغزليه لنفسك كان الغزل لها ويكون الزوج واهبا القطن منها * وان اختلفا فقال الزوج انما أذنت لك لتغزليه لي وقالت المرأة لا بل قلت اغزليه لنفسك كان القول قول الزوج مع اليمين * ولو كان الزوج قال لها اغزليه ليكون الثوب لي ولك كان الغزل للزوج ولها عليه أجر المثل لانه استأجرها ببعض الخارج فتفسد الاجارة ويجب أجر المثل كما لو دفع غزلا الى حائك لينسجه بالنصف فان الثوب يكون لصاحب الغزل وعليه أجر المثل * ولو كان الزوج قال لها اغزليه ولم يذكر شيأ كان الغزل للزوج ولا شيء لها عليه لانها غزلت تبرعا من حيث الظاهر وهذا كله اذا كان أذن لها بالغزل * فان نهاها عن الغزل فغزلت بعد النهي كان الغزل لها وعليها للزوج مثل قطنه لانها صارت غاصبة مستهلكة فيضمن كمن غصب حنطة وطحنها فان الدقيق يكون للغاصب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه مثل الحنطة * وان لم يأذن لها ولم ينهها فغزلت فهو على وجهين ان كان الزوج بائع القطن كان الغزل لها وعليها القطن للزوج لانه يشتري القطن للتجارة فكان النهي ثابتا من حيث الظاهر * وان لم يكن الزوج بائع القطن فاشترى قطنا وجاء به الى منزله فغزلت المرأة كان الغزل للزوج ولا شيء لها من الاجر لانه انما حمل القطن الى منزله لتغزل له المرأة فتطوعت فهو بمنزلة ما لو خبزت من دقيق الزوج أو طبخت قدرا جاء به الزوج فان الطعام يكون للزوج وتكون المرأة متطوعة وعن أبي يوسف (٣٥٧) رحمه الله تعالى في المنتقى رجل اشترى قطنا وأمر امرأته أن تغزله فغزلت كان الغزل للزوج * وان وضع القطن في بيته ولم يقل شيأ فغزلت كان الغزل لها ولا شيء عليها وهو بمنزلة طعام وضع في بيته فأكلته المرأة * وذكر هشام رحمه الله تعالى في نوادره رجل غزل قطن غيره ثم اختلفا فقال صاحب القطن غزلت باذني والغزل لي وقال الآخر غزلت بغير اذنك فالغزل لي ولك علي مثل قطنك كان القول قول صاحب القطن وان كان الاصل عدم الاذن الا أنه تمسك بهذا الظاهر لاستحقاق ملك الغير فلا يقبل قوله * رجل غصب ذهبا أو فضة فجعلها دراهم أو دنانير أو آنية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا ينقطع حق المالك بهذه الصنعة * وعند صاحبيه رحمهما الله تعالى ينقطع * وكذا النحاس اذا كان المعمول منه يباع وزنا * رجل نقش بابا مملوكا لرجل ان نقشه بالنقر فانه يملك الباب بقيمته لان صاحب الباب لو أخذه لم يعطه شيأ * ولو أخذ اناء فضة فنقشه بالنقر فهو كالباب لما قلنا ولو غصب نخلا أو زرعا فسقاه وأنفق عليه حتى انتهى أو عبدا مريضا فداواه فلا شيء له * وكذا لو قصر الثوب المغصوب أو فتله لا شيء له * ولو خرق ثوبا فرفأه يقوم صحيحا ويقوم مرفوا فيضمن فضل ما بينهما * ويشق زق فيه خمر لمسلم من هؤلاء الفسقة الذين يحملون للشرب ان فعل باذن الامام لا يضمن وبغير اذن الامام يضمن الزق ﴿فصل في تصرف المديون﴾ رجل باع أبوابا ومات قبل استيفاء الديون ولم يدع وارثا ظاهرا فأخذ السلطان ديونه من الغرماء ثم ظهر له وارث كان على الغرماء أداء الديون الى الوارث ثانيا لانه لما ظهر الوارث ظهر انه لم يكن للسلطان حق الاخذ * رجل مات وعليه دين وله دين على رجل آخر فأخذ صاحب دين الميت من المديون مثل حقه اختلف المشايخ فيه قال الشيخ الامام أبو نصر رحمه الله تعالى صاحب دين

لزم المطلوب فقال له الكفيل دعه وأنا على كفالتي أو قال دعه وأنا على مثل كفالتي ففعل فهو لازم له وهو كفيل بنفسه على ما كان عليه وهذه كفالة مبتدأة لوجود التشرب منه دلالة لانه ترك الملازمة بعد قوله دعه وأنا كفيل هكذا في الذخيرة * ولو لم يترك الطالب فينبغي أن لا يكون كفيلا لان الكفالة لا تصح بدون الطالب ولم يوجد كذا في الفصول العمادية * ولو قال لرجل ما بايعت فلانا فهو علي جاز لانه أضاف الكفالة الى سبب الوجوب وهو المبايعة * والكفالة المضافة الى وقت في المستقبل جائزة لتعامل الناس في ذلك كذا في محيط السرخسي * ان ادعى فأنكر المدعى عليه فقال رجل ما ادعيت على فلان فعلي فضامن ولو قال ما تدعي فلا كذا في التاتارخانية * ولو قال لآخر ادفع الى فلان كل يوم درهما فأنا ضامن لك فأعطاه حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الآمر لم أرد هذا كله يلزمه جميع ذلك كذا في خزانة المفتين * ولو قال دم على حتى يجتمعا أو يتوافيا أو يلتقيا فهو كفيل الى الغاية التي ذكرها هكذا في الظهيرية * ولو قال أنا ضامن حتى يجتمعا أو قال بالتقيا لا يكون كفالة لانه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال كذا في فتاوى قاضيخان * لو قال ١ (آشنائي فلان بر من) قال الفقيه أبو جعفر يكون كفيلا بالنفس وقال الفقيه أبو الليث لا يكون كفيلا وما قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى أقرب الى عرف الناس كذا في فتاوى قاضيخان * وفي الواقعات الفتوى على أنه يصير كفيلا كذا في الظهيرية * ولو قال فلان ٢ (آشناي من است) أو قال (فلان آشنا است) فانه يكون كفالة بالنفس كذا في فتاوى قاضيخان * وفي الكبرى وبه يفتى كذا في التاتارخانية * لو قال أنا ضامن لمعرفته أو بمعرفته فانه لا يصير كفيلا وكان بمنزلة ما لو قال أنا ضامن لك على ان أدلك عليه أو أوقفك عليه كذا في المحيط * ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه أن يدل عليه كذا في فتاوى قاضيخان * اذا قال ٣ (آنچه ترا بر فلان است من بدهم) فهذا وعد لا كفالة وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا في قوله ٤ (آنچه ترا بر فلان است من جواب كويم) ان هذا كفالة بحكم العرف وكان الشيخ الامام ظهير الدين يفتي بأنه لا يكون كفالة وكذا كان يفتي في قوله جواب ٥ (مال تو بر من أو جواب مال تو من بكويم) انه لا يكون كفالة كذا في المحيط * ولو قال ٦ (بذيرفتم) هذا ضمان صحيح * ولو قال ٧ (قبول كردم) قد اختلف المتأخرون فيه قيل لا يكون كفالة وقيل ان أراد به الكفالة يكون كفالة وان لم يرد يكون وعدا لا ضمانا ولو قال ٨ (هرچه ترا بر وي آيد بر من) لا يكون كفالة ولو قال ٩ (هرچه ترا بر فلان شكند) فهو علي لا تصح كذا في خزانة المفتين * لو قال ١ (بذيرفتم فلان را كه فردا بتو تسليم كنم) هذه كفالة مطلقة لان قوله ٢ (بذيرفتم فلان را) كفالة تامة وقوله ٣ (فردا بتو تسليم كنم) لم يدخل في الكفالة بخلاف ما لو قال كفلت بنفس فلان غدا فعلى قياس هذه المسئلة لو قال ٤ (بذيرفتم تن فلان را كه هر كاه طلب كني بتو تسليم كنم) يكون كفالة مطلقة لو سلمه اليه قبل أن يطالبه منه يبرأ ولو قال ٥ (هر كاه كه طلب كني فلان را تن اورا بذيرفتم) قيل ينبغي أن لا يكون كفيلا قبل أن يطلبه منه وان المسئلة هذه كانت واقعة الفتوى لو قال ٦ (اگر مال تو بر فلان فرو رود من جواب كويم) لا يكون كفالة ولو قال ٧ (اگر فلان تا آن وقت مال تو نكذارد من جواب كويم) أو قال (تا تواند كذاردن من جواب كويم) لا تصح الكفالة كذا في الفصول العمادية * وعن القاضي الامام ركن الاسلام علي السغدي انه قال اذا قال ٨ (اگر من فلان كس را حاضر تو انم كردن جواب آن مال بر من) هذا لا يكون كفالة وفي فتاوى النسفي انه من قال لغيره ان الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه اليك أنا أسلمه اليك أنا أقبضه لا يصير كفيلا ما لم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام نحو قوله كفلت ضمنت علي الي وكان الشيخ الامام ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني يقول اذا أتى بهذه الالفاظ منجزا لا يكون كفالة واذا أتى بها معلقا بأن قال ان لم يؤد فلان مالك عليه فأنا أؤدي فأنا أدفع يصير كفيلا كذا في المحيط * لو قال لاقوام بأعيانهم ٩ (هرچه شمارا از فلان آيد بر من) لا شيء عليه بهذا الضمان لان قوله ١٠ (از فلان آيد) لفظ مجمل كذا في خزانة المفتين * وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى رجل له على رجل مال فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان أنا أقبضه منه وأدفعه اليك قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده انما هذا على أن يتقاضاه ويدفعه اليه وعلى هذا معاني كلام الناس * وفيه رجل غصب من رجل ألف درهم فأتاه المغصوب منه وأراد أن يأخذها منه فقال رجل لا تقاتله فأنا ضامن بها آخذها وأدفعها اليك لزمه ذلك ولا يشبه هذا الدين ولو كان الغاصب استهلك الالف وصارت دينا كان هذا الضمان باطلا وكان على معنى التقاضي كذا في المحيط * وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن ادعى على انسان أنه غصب عبدا فقال رجل

ترجمه (١) معرفة فلان علي (٢) معرفتي أو فلان معروف (٣) أنا أعطي ذلك الشيء الذي لك على فلان (٤) أنا أعطي جوابا عن ذلك الشيء الذي لك على فلان (٥) مالك علي أو أنا أقول جواب مالك (٦) قبلت (٧) قبلت (٨) كل شيء جاءك عليه فهو علي (٩) كل شيء كسر لك على فلان فهو علي

ترجمه (١) قبلت اني اسلم لك فلانا غدا (٢) قبلت فلانا (٣) اسلمه لك غدا (٤) قبلت اني كلما طلبت ذات فلان اسلمه لك (٥) كلما طلبت فلانا فانا ضامن لشخصه (٦) ان ضاع مالك على فلان فانا أعطي الجواب (٧) ان لم يؤد فلان مالك الى ذلك الوقت فانا أقول الجواب او قال ان لم يقدر على الاداء فانا أعطي الجواب (٨) ان لم أقدر على احضار فلان يكون علي جواب ذلك المال (٩) كل شيء يأتي لكم على فلان فهو علي (١٠) يأتي من فلان

الميت يكون غاصبا و يصير ماأخذ قصاصا بدينه لانه أخذ مال الميت بغير اذنه وقال بعضهم لا يكون غاصبا وهو الصحيح لانه أخذ باذن الشرع لان المأخوذ يصير مضمونا عليه فيكون قصاصا بدينه كما لو ظفر بمال المديون فى حياته من جنس دينه * ولو كان على رجل دين لرجل فأخذ غير صاحب الدين من المديون ودفع الى صاحب الدين اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى المديون بالخيار ان شاء ضمن الآخذ وان شاء ضمن صاحب الدين لان الاول غاصب والثانى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الآخذ لم يصر قصاصا بدينه وان اختار تضمين صاحب الدين يصير قصاصا وقال نصير بن يحيى رحمه الله تعالى لا خيار له ويصير قصاصا لان الآخذ بمنزلة المعين له على أخذ حقه والفتوى على هذا القول * رجل غصب مالا فغصب من الغاصب المغصوب رجل له على المغصوب منه دين من جنس الغصب كان للمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى لان كل واحد منهما غاصب فان ضمن الاول لا يبرأ المغصوب منه مما عليه من الدين وان ضمن الثانى برئ الاول * رجل عليه دين فجاء المديون الى صاحب دينه ليقضى دينه فدفع المال الى الطالب لينتقده فهلك المال فى يد الطالب يهلك من مال المطلوب والدين على حاله لان الطالب وكيل المديون فى الانتقاد فكان يده كيد المديون * ولو أن المطلوب دفع المال الى الطالب ولم يقل شيأ فأخذه الطالب ثم دفع الى المديون لينتقده فهلك فى يده يهلك من مال الطالب لان الطالب أخذ حقه فاذا دفع الى المديون لينتقده صار المطلوب وكيل الطالب فى الانتقاد وكان الهلاك فى يد المطلوب بعد ذلك كالهلاك فى يد الطالب * رجل له على رجل مال لا يقدر على استيفائه قالوا الابراء أفضل من أن يدع عليه لان فى الابراء تخليص المديون عن نار الآخرة * رجل مات وعليه قرض ذكر الناطفى رحمه الله تعالى يرجى أن لا يكون مؤاخذا فى دار الآخرة اذا كان من نيته قضاء الدين * رجل مات وعليه دين نسيه ووارثه يعلم ذلك فان الوارث يقضى دينه من مال الميت * ولو أن هذا الوارث نسى أيضا حتى مات لا يؤاخذ الوارث بذلك فى دار الآخرة لان الوارث لم يباشر سبب الدين فى الابتداء فلم يكن ظالما والنسيان لم يكن منه * رجل مات وله على رجل حق ولم يستوف وارثه يتصدق المديون بما عليه عن الميت ليكون ذلك وديعة عند الله تعالى فيوصله الى خصمه يوم القيامة * مسلم غصب من ذمى مالا أو سرق منه فانه يعاقب به يوم القيامة لانه أخذ مالا معصوما والذمى لا يرجى منه العفو ويرجى ذلك من المسلم فكانت خصومة الذمى أشد وعند الخصومة لا يعطى ثواب طاعة المسلم الكافر لانه ليس من أهل الثواب ولا وجه أن يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى فى خصومته * وعن هذا قالوا ان خصومة الدابة تكون أشد من خصومة الآدمى على الآدمى * رجل سرق من أبيه مالا ثم مات الاب والسارق وارثه

أنا ضامن بالعبد الذى تدعى قال هو ضامن حتى يأتى بالعبد فيقيم البينة فان لم يأت به واستحقه ببينة فهو ضامن بقيمته ولو ادعى أنه غصبه عبدا ومات فى يده فقال خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن يأخذه من ساعته ولا يحتاج الى الاثبات بالبينة كذا فى الخلاصة *

(الفصل الثانى فى الكفالة بالنفس والمال) الكفالة بالنفس جائزة لانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه هكذا فى الهداية * أو يوافقه اذا ادعاه أو يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم وان لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضى كذا فى التبيين * من أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان كذا فى الهداية * والمضمون بها احضار المكفول به فان شرط فى الكفالة تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره ان طلبه فى ذلك الوقت رعاية لما التزمه فان أحضره فبها وان أبى حبسه الحاكم كذا فى الكافى * هذا اذا لم يظهر عجزه وأما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الآن لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين أشغاله كذا فى التبيين * وان أمره بملازمته استوثق منه بكفيل كذا فى النهر الفائق * ولا يحبسه أول مرة انما يحبسه بعد الدفع مرتين أو ثلاث مرات هذا اذا كان مقرا بالكفالة أما اذا كان منكرا فقامت البينة عليه أو حلفه القاضى فنكل يحبسه فى أول مرة كذا فى الظهيرية * وهذا ظاهر الرواية هكذا فى النهر الفائق * وليس هذا فى هذا الموضع خاصة بل فى عامة الحقوق كذا فى الظهيرية * ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه كذا فى الهداية * وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل وان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره كذا فى التبيين * لو لحق المكفول به بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة على ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا فيمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا على رده بأن لم يتقدم مواعدة على الوجه الذى قلنا فالكفيل لا يؤاخذ به كذا فى الذخيرة * وفى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه كذا فى التبيين * وجازت الكفالة بالنفس فى القصاص وحد القذف والسرقة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولكن لا يجبر بل اذا سمحت وطابت نفسه باعطاء الكفيل هكذا فى محيط السرخسى * وأما الحدود الخالصة لله تعالى كحد الشرب والزنا وكحد السرقة على قول بعضهم فلا تجوز الكفالة فيها وان طابت

وارثه يؤاخذ به السارق فى دار الآخرة لان الدين انتقل الى الابن فيسقط عنه الا انه يأثم اثم السرقة والجناية على المسروق منه * قالوا هذه المسئلة تبنى على ان صاحب الدين اذا طلب الدين من مديونه فماطل المديون مع القدرة عليه ومات الطالب اختلفوا فيه قال أكثر المشايخ حق الخصومة فى دار الآخرة لا يكون للاول لان الدين انتقل الى الوارث والخصومة تكون بسبب الدين * وقال بعضهم حق الخصومة يكون للاول * واختلفوا أن الدين لمن يكون قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى الدين يكون للميت لان وارثه لو أخذ المال من المديون أو أبرأه برئ المديون * وقال بعضهم الدين يكون للوارث والخصومة له أيضا فى الدار الآخرة وهو الصحيح * رجل مات وترك دينا على رجل أو غصبا فى يد غيره ولم يصل ذلك الى الوارث لمن يكون ثواب ذلك فى الدار الآخرة قالوا فى القياس يكون للوارث لانه انتقل ذلك الى الوارث * وفى الاستحسان ان نوى المال قبل الموت فالثواب يكون للميت وان نوى بعد الموت فالثواب يكون للوارث لان فى الوجه الاول اذا هلك المال قبل الموت لم ينتقل الى الوارث لان الارث لا يجرى فى الهالك وفى الوجه الثانى لم يكن هالكا عند الموت فصار للوارث * المديون اذا جحد الدين هل يستحلفه الطالب أم يتركه من غير يمين قال الشيخ الامام نصير بن يحيى رحمه الله تعالى استحلفه الطالب أو لم يستحلفه كان الاجر للطالب دون وارثه اذا مات الطالب قبل القبض ان طلب فان دفع المديون الى وارث الطالب برئ عن الدين ويبقى عليه وزر المماطلة لا يخلص عن ذلك * رجل له على رجل دين فبلغه ان المديون قد مات فقال جعلته فى حل أو قال وهبته منه ثم ظهر أنه حى ليس للطالب أن يأخذه منه لانه وهبه منه بغير شرط * رجل غصب عبدا أو ثوبا أو دابة أو دراهم وهى قائمة فأبرأه منها برئ الغاصب عن ضمان الغصب ويصير المغصوب أمانة فى يده * وكذا لو قال المغصوب منه حللته من الغصب برئ الغاصب عن الضمان * وان كان المغصوب مستهلكا برئ الغاصب عن ضمان القيمة لانه أبرأه عن الدين والدين يقبل الابراء * وأما اذا كان المغصوب قائما كان التحليل ابراء له عن سبب الضمان فيصير العين أمانة فى يده عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يبرأ عن ضمان الغصب * رجل خاصم رجلا فى دار ثم قال للمدعى عليه قد أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فى هذه الدار أو عن دعواى فى هذه الدار ذكر الناطفى رحمه الله تعالى ان جميع ذلك باطل وله أن يخاصمه فيقيم البينة فيأخذه * ولو قال قد برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعواى فى هذه الدار صح ذلك ولا حق له فيها ولو أقام البينة لا تقبل * ولو قال أنا برئ من هذا العبد أو قال خرجت من هذا العبد ليس له أن يدعى بعد ذلك لانه أخبر عن البراءة فيثبت البراءة * أما فى الوجه الاول صرح بالابراء عن العين أو عن الدعوى والخصومة وذلك باطل * رجل قال لآخر حللنى من كل حق لك على ففعل وأبرأه فان كان صاحب الحق عالما به برئ

نفسه كذا فى الكفاية * واذا لم يجبره على اعطاء الكفيل فالمدعى يلازمه الى أن يقوم القاضى من مجلسه فان جاء ببينة والا خلى سبيله كذا فى المحيط * ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى فى أدب القاضى ان فى دعوى جراحة الخطأ وقتل الخطأ وشئ من الجراحات التى لا قصاص فيها وكل شئ يجب فيه التعزير يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فان هذه الدعاوى ودعوى المال على السواء كذا فى النهاية * ولا يحبس فى الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضى بالعدالة كذا فى الكافى * الكفالة بالمال جائزة معلوما كان المال أو مجهولا بأمر المكفول عنه أو بغير أمره والطالب ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل كذا فى السراجية * ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما كذا فى الهداية

(الفصل الثالث فى البراءة عن الكفالة) قال أصحابنا رحمهم الله تعالى الكفالة بالنفس متى صحت فالبراءة عنها انما تكون بأحد الاشياء الثلاثة اما بتسليم المكفول به الى الطالب واما بابراء المكفول له واما بموت المكفول عنه كذا فى المحيط * اذا أحضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ الكفيل من الكفالة كذا فى الكافى * سواء قبله الطالب أو لا كذا فى فتح القدير * وان سلمه فى بر أو سواد لا يبرأ كذا فى الكافى * ولو كفل به فى مصر فسلم فى مصر آخر برئ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يبرأ كذا فى الهداية * وقولهما أوجه كذا فى فتح القدير * وهذا اذا لم يشترط التسليم فى مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ عندهما وعلى قوله اختلاف المشايخ فيه كذا فى الكفاية * ولو كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى وسلمه فى السوق برئ كذا فى الكافى * قال الامام السرخسى المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم فى ذلك الوقت أما فى زماننا اذا شرط التسليم فى مجلس القاضى لا يبرأ بالتسليم فى غير ذلك الموضع كذا فى غاية البيان شرح الهداية * وفى الكبرى وبه يفتى كذا فى التتارخانية * وان شرط على الكفيل أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى أو شرط أن يدفعه اليه عند القاضى فدفعه اليه عند الامير أو شرط عليه الدفع عند هذا القاضى فاستعمل قاض آخر فدفعه اليه عند الثانى برئ كذا فى فتاوى قاضيخان * سئل أبو حامد عن رجل كفل بنفس رجل وكان المكفول له جالسا مع قومه فى خانقاه فجاء الكفيل بالمكفول عنه وسلم المكفول عنه على الجماعة وقال له الكفيل هذا هو المكفول عنه ولم يجلس المكفول بل مر وخرج الى باب آخر هل يكون هذا القدر تسليما قال نعم كذا فى التتارخانية * رجل كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به فى وقت كذا فعليه المال الذى للطالب على المكفول عنه وشرط الكفيل فى الكفالة انه برئ من الكفالة اذا وافى المسجد الاعظم فوافى به فى ذلك المكان يوم كذا وأشهد على ذلك وتغيب الطالب

الميت يكون غاصبا و يصير ما أخذ قصاصا بدينه لانه أخذ مال الميت بغير اذنه وقال بعضهم لا يكون غاصبا وهو الصحيح لانه أخذ باذن الشرع الا أن المأخوذ يصير مضمونا عليه فيكون قصاصا بدينه كما لو ظفر بمال المديون في حياته من جنس دينه * ولو كان على رجل دين لرجل فأخذ غير صاحب الدين من المديون ودفع الى صاحب الدين اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى المديون بالخيار ان شاء ضمن الآخذ وان شاء ضمن صاحب الدين لان الاول غاصب والثاني غاصب الغاصب فان اختار تضمين الآخذ لم يصر قصاصا بدينه وان اختار تضمين صاحب الدين يصير قصاصا وقال نصير بن يحيى رحمه الله تعالى لا خيار له ويصير قصاصا لان الآخذ بمنزلة المعين له على أخذ حقه والفتوى على هذا القول * رجل غصب مالا فغصب من الغاصب المغصوب رجل له على المغصوب منه دين من جنس الغصب كان للمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الاول

وان شاء ضمن الثاني لان كل واحد منهما غاصب فان ضمن الاول لا يبرأ المغصوب منه مما عليه من الدين وان ضمن الثاني برئ الاول * رجل عليه دين فجاء المديون الى صاحب دينه ليقضي دينه فدفع المال الى الطالب لينتقده فهلك المال في يد الطالب يهلك من مال المطلوب والدين على حاله لان الطالب وكيل المديون في الانتقاد فكان يده كيد المديون * ولو أن المطلوب دفع المال الى الطالب ولم يقل شيأ فأخذه الطالب ثم دفع الى المديون لينتقده فهلك في يده يهلك من مال الطالب لان الطالب أخذ حقه واذا دفع الى المديون لينتقده صار المطلوب وكيل الطالب في الانتقاد وكان الهلاك في يد المطلوب بمنزلة الهلاك في يد الطالب * رجل له على رجل مال لا يقدر على استيفائه قالوا الابراء أفضل من أن يدع عليه لان في الابراء تخليص المديون عن نار الآخرة * رجل مات وعليه قرض ذكر الناطفي رحمه الله تعالى يرجى أن لا يكون مؤاخذا في دار الآخرة اذا كان من نيته قضاء الدين * رجل مات نفسه وعليه دين نسيه ووارثه يعلم ذلك فان الوارث يقضي دينه من مال الميت * ولو أن هذا الوارث نسي أيضا حتى مات لا يؤاخذ الوارث بذلك في دار الآخرة لان الوارث لم يباشر سبب الدين في الابتداء فلم يكن ظالما والنسيان لم يكن منه * رجل مات وله على رجل حق ولم يخلف وارثا يتصدق المديون بما عليه عن الميت ليكون ذلك وديعة عند الله تعالى فيوصله الى خصمه يوم القيامة * مسلم غصب من ذمي مالا أو سرق منه فانه يعاقب به يوم القيامة لانه أخذ مالا معصوما والذمي لا يرجى منه العفو و يرجى ذلك من المسلم فكانت خصومة الذمي أشد وعند الخصومة لا يعطى ثواب طاعة المسلم الكافر لانه ليس من أهل الثواب ولا وجه أن يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى في خصومته * وعن هذا قالوا ان خصومة الدابة تكون أشد من خصومة الآدمي على الآدمي * رجل سرق من أبيه مالا ثم مات الاب والسارق وارثه

أنا ضامن بالعبد الذي تدعي قال هو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة فان لم يأت به واستحقه ببينة فهو ضامن بقيمته ولو ادعى أنه غصبه عبدا ومات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن بأخذه من ساعته ولا يحتاج الى الاثبات بالبينة كذا في الخلاصة *

(الفصل الثاني في الكفالة بالنفس والمال) الكفالة بالنفس جائزة لانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه هكذا في الهداية * أو يوافقه اذا ادعاه أو يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم وان لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضي كذا في التبيين * من أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان كذا في الهداية * والمضمون بها احضار المكفول به فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره ان طالبه في ذلك الوقت رعاية لما التزمه فان أحضره فبها وان أبى حبسه الحاكم كذا في الكافي * هذا اذا لم يظهر عجزه وأما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين أشغاله كذا في التبيين * وان أمره بملازمته استوثق منه بكفيل كذا في النهر الفائق * ولا يحبسه أول مرة انما يحبسه بعد الدفع مرتين أو ثلاث مرات هذا اذا كان مقرا بالكفالة أما اذا كان منكرا فقامت البينة عليه أو حلفه القاضي فنكل يحبسه في أول مرة كذا في الظهيرية * وهذا ظاهر الرواية هكذا في النهر الفائق * وليس هذا في هذا الموضع خاصة بل في عامة الحقوق كذا في الظهيرية * ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه كذا في الهداية * وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل وان أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره كذا في التبيين * ولو لحق المكفول به بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة على ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا فيمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا على رده بأن لم يتقدم مواعدة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذ به كذا في الذخيرة * وفي كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه كذا في التبيين * وجازت الكفالة بالنفس في القصاص وحد القذف والسرقة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن لا يجبر بل اذا سمحت وطابت نفسه باعطاء الكفيل هكذا في محيط السرخسي * وأما الحدود الخالصة لله تعالى كحد الشرب والزنا وكذا السرقة على قول بعضهم فلا تجوز الكفالة فيها وان طابت

فلو قال يؤاخذ به السارق في دار الآخرة لان الدين انتقل الى الابن فسقط عنه الاثم يأثم اثم السرقة والجناية على المسروق منه * قالوا هذه المسئلة تبنى على ان صاحب الدين اذا طالب الدين من مديونه فماطل المديون مع القدرة عليه ومات الطالب اختلفوا فيه قال أكثر المشايخ حق الخصومة في الدار الآخرة لا يكون للاول لان الدين انتقل الى الوارث والخصومة تكون بسبب الدين * وقال بعضهم حق الخصومة يكون للاول واختلفوا أن الدين لمن يكون قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى الدين يكون للميت الا أن وارثه لو أخذ المال من المديون أو أبرأه برئ المديون * وقال بعضهم الدين يكون للوارث والخصومة له أيضا في الدار الآخرة وهو الصحيح * رجل مات وترك دينا على رجل أو غصبا في يد غيره ويصل ذلك الى الوارث ان يكون ثواب ذلك في الدار الآخرة قالوا في القياس يكون للوارث لانه انتقل ذلك الى الوارث * وفي الاستحسان ان نوى المال قبل الموت فالثواب يكون للميت وان نوى بعد الموت فالثواب يكون للوارث

لان في الوجه الاول اذا هلك المال قبل الموت لم ينتقل الى الوارث لان الارث لا يجري في الهالك وفي الوجه الثاني لم يكن هالكا عند الموت فصار للوارث * المديون اذا جحد الدين هل يستحلفه الطالب أم يتركه من غير يمين قال الشيخ الامام نصير بن يحيى رحمه الله تعالى استحلفه الطالب أو لم يستحلفه كان الاجر للطالب دون وارثه اذا مات الطالب قبل القبض ان طلب فان دفع المديون الى وارث الطالب برئ عن الدين ويبقى عليه وزر المماطلة لا يخلص عن ذلك * رجل له على رجل دين فبلغه ان المديون قد مات فقال جعلته في حل أو قال وهبته منه ثم ظهر أنه حي ليس للطالب أن يأخذ منه لانه وهبه منه بغير شرط * رجل غصب عبدا أو ثوبا أو دابة أو دراهم وهي قائمة فأبرأه منها برئ الغاصب عن ضمان الغصب و يصير المغصوب أمانة في يده * وكذا لو قال المغصوب منه حللته من الغصب برئ الغاصب عن الضمان * وان كان المغصوب مستهلكا برئ الغاصب عن ضمان القيمة لانه أبرأه عن الدين والدين يقبل الابراء * وأما اذا كان المغصوب قائما كان التحليل ابراء له عن سبب الضمان فتصير العين أمانة في يده عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يبرأ عن ضمان الغصب * رجل خاصم رجلا في دار ثم قال للمدعى عليه قد أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي في هذه الدار أو عن دعواي في هذه الدار ذكر الناطفي رحمه الله تعالى ان جميع ذلك باطل وله أن يخاصمه فيقيم البينة فيأخذه * ولو قال قد برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعواي في هذه الدار صح ذلك ولا حق له فيها ولو أقام البينة لا تقبل * ولو قال أنا بريء من هذا العبد أو قال خرجت من هذا العبد ليس له أن يدعي بعد ذلك لانه أخبر عن البراءة فثبتت البراءة * أما في الوجه الاول صرح بالابراء عن العين أو عن الدعوى والخصومة وذلك باطل * رجل قال لآخر حللني من كل حق لك علي ففعل وأبرأه فان كان صاحب الحق عالما به برئ

نفسه كذا في الكفاية * واذا لم يجبره على اعطاء الكفيل فالمدعي يلازمه الى أن يقوم القاضي من مجلسه فان جاء ببينة والا خلي سبيله كذا في المحيط * ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى يجب القاضي ان في دعوى جراحة الخطأ وقتل الخطأ وشيء من الجراحات التي لا قصاص فيها وكل شيء يجب فيه التعزير يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فان هذه الدعاوي ودعوى المال على السواء كذا في النهاية * ولا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي بالعدالة كذا في الكافي * الكفالة بالمال جائزة معلوما كان المال أو مجهولا بأمر المكفول عنه أو بغير أمره والطالب ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل كذا في السراجية * ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما كذا في الهداية

(الفصل الثالث في البراءة عن الكفالة) قال أصحابنا رحمهم الله تعالى الكفالة بالنفس متى صحت فالبراءة عنها انما تكون بأحد الاشياء الثلاثة اما بتسليم المكفول به الى الطالب واما بابراء المكفول له عنها واما بموت المكفول عنه كذا في المحيط * اذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ الكفيل من الكفالة كذا في الكافي * سواء قبله الطالب أو لا كذا في فتح القدير * وان سلمه في بر أو سواد لم يبرأ كذا في الكافي * ولو كفل به في مصر فسلم في مصر آخر برئ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يبرأ كذا في الهداية * وقولهما أوجه كذا في فتح القدير * وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ عندهما وعلى قوله اختلف المشايخ فيه كذا في الكفاية * ولو كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي وسلمه في السوق برئ كذا في الكافي * قال الامام السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القاضي لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك الموضع كذا في غاية البيان شرح الهداية * وفي الكبرى وبه يفتى كذا في التتارخانية * وان شرط على الكفيل أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي أو شرط أن يدفعه اليه عند القاضي فدفعه اليه عند الامير أو شرط عليه الدفع عند هذا القاضي فاستعمل قاض آخر فدفعه اليه عند الثاني برئ كذا في فتاوى قاضيخان * سئل أبو حامد عن رجل كفل بنفس رجل وكان المكفول له جالسا مع قومه في خانقاه فجاء الكفيل بالمكفول عنه وسلم المكفول عنه على الجماعة وقال له الكفيل هذا هو المكفول عنه ولم يجلس المكفول بل مر وخرج الى باب آخر هل يكون هذا القدر تسليما قال نعم كذا في التتارخانية * رجل كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به في وقت كذا فعليه المال الذي للطالب على المكفول عنه وشرط الكفيل في الكفالة انه برئ من الكفالة اذا وافى في المسجد الاعظم فوافاه به في ذلك المكان يومئذ وأشهد على ذلك وتغيب الطالب

المديون حكما وديانة وان لم يكن عالما يبرأ في الحكم ولا يبرأ ديانة في قول محمد رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يبرأ وعليه الفتوى لان الابراء اسقاط والجهالة لا تمنع صحة الاسقاط فان المشترى اذا أبرأ البائع عن العيوب صح ابراؤه عند الكل وان كان لا يعلم بالعيوب * وذكر في النوازل رجل له على رجل دين وهو لا يعلم بجميع ذلك فقال له المديون ابرئني مما لك على فقال صاحب الدين أبرأتك قال نصير رحمه الله تعالى لا يبرأ الا عن مقدار ما يتوهم انه له عليه * وقال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى يبرأ عن الكل * وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى حكم القضاء ما قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى وحكم الآخرة ما قال نصير رحمه الله تعالى لان القضاء بناء على الظاهر وظاهر اللفظ عام وحكم الآخرة بناء على الرضا فلا يبرأ عما لا يتوهم أنه له عليه * رجل قال أبرأت جميع غرمائي ولم يسمهم بأسمائه ولم يتوهم واحدا منهم بعينه قال أبو

القاسم رحمه الله تعالى روى ابن مقاتل عن علمائنا رحمهم الله تعالى أنهم لا يبرؤن لان الابراء ايجاب الحق للغرماء ولا يجوز ايجاب الحقوق الا لقوم بأعيانهم * ولو قال كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل رحمه الله تعالى لا يبرأ غرماؤه في قول علمائنا رحمهم الله تعالى * وكذا لو قال ليس لي بارى شئ ثم جاء في الغد وادعى ان هذه الدار له منذ عشرين سنة وهو بارى كان له ذلك في قول علمائنا رحمهم الله تعالى * قال ابن مقاتل وأما عندي في المسئلتين جميعا يبرأ غرماؤه ولا يسمع دعواه * ولو قال أبرأت جميع غرمائي لم يكن ذلك براءة اذا لم ينص على أقوام معينين * ولو قال قبيلة فلان فان كانوا لا يحصون فهو مثل ذلك وان كانوا يحصون فالبراءة جائزة وكذلك الاقرار * رجل له على الناس ديون وهم غيب عنه فقال من كان لي عليه شئ فهو في حل ذكر الناطفي رحمه الله تعالى فيه خلافا فقال قال محمد رحمه الله تعالى له أن يأخذهم بماله عليهم * وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو جائز وهم في حل اذا كان عليهم دين أما اذا كان ثوب قائم في يد رجل أو عبد قائم في يده فله أن يأخذه منه ولا يكون الذي في يده في حل منه * ولو كان له على آخر حق فأبرأه على انه بالخيار صح الابراء وبطل الخيار لان الابراء في كونه تمليكا دون الهبة ولو وهب عينا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فالابراء أولى * رجل قال لآخر جعلتك في حل في الدنيا أو قال جعلتك في حل في ساعة قالوا يصير في حل في الدارين وفي الساعات * ولو قال لا أخاصمك أو قال لا أطلب مالي قبلك فهذا ليس بشئ وحقه على حاله * رجل قال اذا تناول فلان من مالي فهو له حلال فتناول فلان من غير أن يعلم باباحته قال نصير رحمه الله تعالى يجوز ذلك ولا ضمان عليه * وان قال كل انسان تناول من مالي فهو له حلال قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى لا يجوز ومن تناول ضمن وقال أبو نصر محمد بن سلام رحمه الله تعالى

بري الكفيل من الكفالة بالنفس والمال جميعا وكذا لو كان ذلك في الكفالة بالنفس وحدها * ولو كفل بنفس رجل الى الغد على انه ان لم يواف به غدا في المسجد فعليه المال الذي له عليه وشرط الكفيل على الطالب انه ان لم يواف الطالب غدا في المسجد الاعظم فيقبضه منه فهو منه بري ثم التقيا بعد الغد فقال الكفيل قد تغيبت وقال الطالب قد وافيت لا يصدق أحدهما على الآخر والكفالة على الكفيل على حالها والمال لازم على الكفيل وان أقام كل واحد منهما البينة على الموافاة في المسجد ولم يشهدوا ان الكفيل دفع المكفول به كانت الكفالة بالنفس على حالها ولا يلزم المال على الكفيل ولو أقام الكفيل البينة على الموافاة في المسجد ولم يقم الطالب بينة بري الكفيل من المال والنفس ولا يصدق الطالب على الموافاة * رجل كفل بنفس رجل والمكفول به محبوس عند القاضي فدفع الكفيل الى الطالب في السجن بري الكفيل وان كفل بنفس رجل وهو محبوس ثم أطلق ثم أعيد الى الحبس فدفعه اليه قالوا ان كان الحبس الثاني بشئ من التجارة أو غيرها صح الدفع وبري الكفيل وان كان الحبس الثاني بشئ من أمور السلطان لا يبرأ الكفيل كذا في فتاوى قاضيخان * اذا حبس المكفول بنفسه بدين أو غيره يؤاخذ به الكفيل هكذا أطلق في الاصل * قالوا وهذا اذا كان محبوسا في مصر آخر فأما اذا كان محبوسا في المصر الذي وقعت فيه الكفالة في سجن القاضي الذي تخاصما اليه لا يطالب بالتسليم ولكن القاضي يخرجه من السجن حتى يجيب خصمه ثم يعيده الى السجن فأما اذا كان محبوسا في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ولكن في سجن قاض آخر بأن كان في المصر قاضيان أو حبس في سجن الوالي فالقياس أن يؤاخذ الكفيل بالتسليم وفي الاستحسان لا يؤاخذ به ويكون الحكم فيه كالحكم فيما كان في سجن هذا القاضي كذا في الذخيرة * وفي المنتقى اذا كان المكفول بالنفس محبوسا في سجن قاض آخر في هذا المصر فالقاضي يأمر الطالب أن يذهب الى القاضي الذي حبسه وتكون خصومته عنده كذا في المحيط * اذا حبس المكفول بالنفس بعد الكفالة وسلم الكفيل المكفول بنفسه في السجن لا يبرأ قال مشايخنا هذا اذا كان محبوسا في سجن قاض آخر أما اذا كان محبوسا في سجن القاضي الذي وقعت الخصومة اليه فقد اختلفوا فيما بينهم قال بعضهم لا يبرأ وعامتهم على أنه يبرأ وهو الصحيح وعلى قياس المسئلة المتقدمة ينبغي أن يبرأ اذا كان محبوسا في المصر الذي وقعت الكفالة فيه استحسانا وان كان محبوسا في سجن قاض آخر أو في سجن الوالي * وقالوا أيضا هذا اذا كان محبوسا من جهة غير الطالب فأما اذا كان محبوسا من جهة الطالب فيبرأ بالتسليم في الحالين لا محالة وفي الفتاوى اذا سلمه في السجن بناء على طلب الطالب يبرأ هكذا في الذخيرة * ولو كفل بنفس رجل وهو غير محبوس ثم حبس فخاصم الطالب الكفيل الى القاضي الذي حبسه فقال الكفيل كفلت

هو جائز فأبو نصر رحمه الله تعالى جعل هذا اباحة والاباحة للمجهول جائزة ومحمد بن سلمة رحمه الله تعالى جعله ابراء عما تناول والابراء لمجهول باطل والفتوى على قول أبي نصر رحمه الله تعالى * ولو قال لآخر جميع مالك من مالي فقد جعلتك في حل فهو حلال له في ذنبه ولو قال جميع مالك من مالي فقد أبرأتك ذكر عن بعضهم انه لا يصح هذا الابراء * والصحيح انه يبرأ أما على قول أبي نصر رحمه الله تعالى فان هذه اباحة واباحة المجهول جائزة وأما على قول محمد بن سلمة رحمه الله تعالى فلان هذا ابراء المعلوم عن ضمان ما تناوله فيكون ابراء عن الدين الواجب لا عن العين * رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الاكل ولا يحل له الاخذ والاعطاء لان اباحة الطعام للمجهول جائزة فان من قدم مائدة بين قوم حل لهم الاكل منها وتمليك المجهول باطل * رجل قال أذنت للناس في ثمر نخلتي من أخذ شيئا فهو له فبلغ الناس وأخذوا من ذلك شيئا فهو لهم لان هذه اباحة * رجل

قال أبحت لفلان أن يأكل من مالي وفلان لا يعلم بذلك قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى لا يباح له الاكل لان الاباحة اطلاق والاطلاق لا يثبت قبل العلم كالتوكيل * وعند البعض الاباحة تثبت قبل العلم * رجل قال لآخر ادخل كرمي وخذ من العنب فله أن يأخذ مقدار ما يشبع به انسان واحد لان هذا اذن بقدر ما يحتاج اليه في الحال * رجل أراد أن يوكل غيره في أملاكه فقال الوكيل أنا اذا دخلت فيها لا آمن من أن أتناول شيئا من مالك فقال الموكل أنت في حل من تناولك من مالي من درهم الى مائة درهم فدخل فيها له أن يتناول من ماله من المأكول والمشروب والدراهم ما لا يتعمد أما ان يقصد فأخذ من ماله جملة مائة أو خمسين درهما فليس له ذلك والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب الهبة﴾

﴿فصل فيما يكون هبة من الالفاظ وما لا يكون﴾

رجل قال لغيره هذه الامة لك قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هذه هبة جائزة يملكها اذا قبض * ولو قال هي لك حلال لا يكون هبة الا أن يكون قبله كلام يستدل به على أنه أراد به الهبة * ولو قال نحلتك عن محمد رحمه الله تعالى أنها تكون هبة * رجل في يديه ثوب وديعة لرجل فقال لصاحب الثوب أعطنيه فقال أعطيتك فهو هبة يملكها اذا قبض * رجل قال لآخر قد متعتك بهذا الثوب أو قال بهذه الدراهم فقبضه منه قال محمد رحمه الله تعالى أنها تكون هبة * رجل قال لآخر أنت في حل من مالي حيثما أصبت فخذ منه ما شئت عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان هذا على الدراهم والدنانير خاصة * ولو أخذ من أرضه فاكهة أو لوزة أو حلب بقره أو غنمه لا يحل له ذلك * رجل دفع الى رجل طعاما وقال هذا لك منحة هي عندي هبة * وكذا لو أعطاه درهما وقال هذا لك منحة * وكذا الدينار وما يؤكل ودفع اليه شاة وقال هذه لك منحة فله ان يشرب لبنها أو يأكل الطعام

ووقت حبسه بدين فلان آخر عليه عن محمد رحمه الله تعالى أن القاضي يأمر باحضار المطلوب حتى يسلم الكفيل الى المكفول له ثم يعاد الى الحبس كذا في فتاوى قاضيخان * المكفول به محبوس بدين عليه فأخرجه القاضي لخصومة الطالب فقال الكفيل قد دفعته اليك فان قال ذلك قدام القاضي بري من الكفالة وان قال في غير مجلس القاضي وهو ممنوع منه مع رسول القاضي لا يبرأ من الكفالة قال محمد رحمه الله تعالى اذا تكفل بنفس رجل وسلمه اليه في المجلس مع من أحضره من الحبس في مجلس القاضي لا يبرأ ولو حبس الكفيل في الكفالة فلو كان المكفول به محبوسا في الدم فلا سبيل على الكفيل بنفس ولو حبس الكفيل في الكفالة ثم علم أن المكفول به غائب ببعض الامصار يأمر القاضي الطالب أن يأخذ منه كفيلا بنفسه ويخرجه من السجن حتى يجيء بالمكفول به وكذلك لو حبسه بدين عليه لفلان عنه فلم يوجد له في هذا المصر مال وكان ماله بخراسان فانه يخرجه ويأمره أن يأخذ منه كفيلا بنفسه على قدر المسافة فيبيع ماله ويقضي دينه كذا في محيط السرخسي * من كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا بري فدفعه اليه فهو بري كذا في الهداية * ثم لا يخلو اما أن يسلم بعد طلب الطالب منه أو قبله وان سلمه اليه بعد ما طلب منه يبرأ وان لم يقل سلمت اليك بحكم الكفالة وان سلمه من غير طلب الطالب لا يبرأ ما لم يقل سلمت اليك بجهة الكفالة كذا في محيط السرخسي * ولو سلم الكفيل المكفول عنه الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول كذا في التبيين * لو كفل بنفسه الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر بري وان أبى المكفول له أن يقبله كذا في الخلاصة * ويبرأ بتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله كذا في الكنز * وشرط براءته ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة كذا في التبيين * ثم ان محمدا رحمه الله تعالى شرط في هذه المسئلة التسليم من كفالة فلان قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده قال مشايخنا شرط التسليم من الكفالة شرط لازم فأما شرط التسليم من كفالة فلان فانما يحتاج اليه اذا كان بنفسه كفيلان كل واحد منهما بعقد على حدة فأما اذا كان بنفسه كفيل واحد فلا حاجة الى ذكر فلان كذا في المحيط * لو أن رجلا أجنبيا غير مأمور سلم المكفول به الى الطالب وقال سلمت عن الكفيل ان قبل الطالب بري الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لا يبرأ الكفيل ولو أخذ القاضي من المدعى عليه أو أمين القاضي كفيلا بالنفس بطلب المدعي أو بغير طلبه وسلم الكفيل الى القاضي بري وان سلمه الى الطالب لا يبرأ هذا اذا لم يضف القاضي أو أمينه الكفالة الى الطالب فان أضاف وقال له القاضي أو أمينه ان المدعي يطلب منك كفيلا بالنفس فأعطه كفيلا بنفسك فسلم الكفيل الى القاضي أو الى أمينه لا يبرأ وان سلمه الى الطالب بري

كذا فى فتاوى قاضيخان * ولو كل الطالب رجلا بأن يأخذ له كفيلا من المطلوب بنفسه فهذا على وجوه اما ان أضاف الوكيل الكفالة الى نفسه ففى هذا الوجه حق مطالبة الكفيل للوكيل واما ان أضاف الكفالة الى الموكل ففى هذا الوجه حق مطالبة الكفيل للموكل فان دفع الكفيل المطلوب الى الموكل برئ فى الوجهين جميعا استحسانا كذا فى الذخيرة * أما اذا سلمه الى الوكيل فان أضاف الى نفسه برئ وان أضاف الى الموكل لا كذا فى التتارخانية * لو كفل جماعة بنفس رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئوا جميعا وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون كذا فى البدائع * وأما اذا مات المكفول به فقد برئ الكفيل بالنفس من الكفالة كذا فى الهداية * ولا فرق فى ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا كذا فى فتح القدير * وكذا اذا مات الكفيل كذا فى الهداية * الكفيل بالنفس اذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الاصيل برئ الكفيلان وكذا لو مات الكفيل الاول برئ الكفيل الثانى كذا فى فتاوى قاضيخان * رجل كفل بنفس رجل فمات الطالب فالكفالة بالنفس على حالها فبعد ذلك ان دفع الكفيل المكفول به الى وصى الميت برئ عن الكفالة سواء كان فى التركة دين أم لم يكن وان دفع الى وارث الميت ان كان فى التركة دين لا يبرأ سواء كان الدين مستغرقا أم لم يكن وان لم يكن فى التركة دين يبرأ عن حصة المدفوع اليه خاصة ولو كان فى المال فضل على الدين وقد كان الميت أوصى بثلث ماله فدفع الكفيل المكفول به الى الوارث أو الى الموصى له أو الى الغريم لا يبرأ ولو دفع الى هؤلاء الثلاثة هل يبرأ قال شمس الائمة السرخسى الاصح عندى أنه لا يبرأ كذا فى الظهيرية * فان أدى الوارث الدين والوصية ذلك الدفع الى الورثة ويبرأ الكفيل كذا فى المحيط * رجل كفل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل عن الكفالة ويبقى المال على المكفول عنه على حاله وان كانت الكفالة بغير أمره برئ المطلوب أيضا لانه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثا لورثته ولو ملك الكفيل المال فى حال الحياة بالقضاء أو بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وان كانت بغير أمره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث هذا اذا مات الطالب والكفيل وارثه وان مات الطالب والمكفول عنه وارثه برئ الكفيل لان المطلوب وهو الاصيل ملك ما فى ذمته فيبرأ وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل فان كان للطالب ابن آخر مع المطلوب برئ الكفيل عن حصة المطلوب وبقى عليه حصة الابن الآخر كذا فى فتاوى قاضيخان * ويبرئ الكفيل باداء الاصيل وبابراء الطالب الاصيل كذا فى الكافى * ويشترط قبول الاصيل * وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول كذا فى النهر الفائق * ولو رد ارتد دين الطالب على حاله واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى ان الدين هل يعود الى الكفيل

وبشرب وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هو على الهبة وهو قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى * رجل قال لغيره دارى هذه لك رقبى وقبضها قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هى عارية وهو قول محمد رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هى هبة جائزة وقوله رقبى باطل * ولو قال هذه الدار لك فان مت قبلى فهى لى وان مت قبلك فهى لك ذكر عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى النوادر أنه لو قال هكذا كانت الهبة جائزة ويبطل الشرط * وعن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى لو قال أرقبتك دارى هذه فهو عارية وان قال أرقبتك دارى هذه وهى لك فهى هبة * وأما فى العمرى كلاهما سواء وهى هبة * وعن محمد رحمه الله تعالى رجل قال أرضى فلان وهذه الارض أو قال الارض التى هى لى وهذه لولدى فلان وهو صغير قال محمد رحمه الله تعالى هو جائز وهى هبة واشهاده قبض للصغير * وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى اذا قال الرجل لغيره قد جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال عمرك أو حياتك أو هى لك حياتك فاذا مت فهو رد على قال هذه هبة جائزة والشرط باطل * وتفسير العمرى أن يقول وهبته منك على أنك ان مت قبلى فهو لى وان مت قبلك فهى لك فهذه هبة جائزة والشرط باطل * ولو قال هذه الدار لك حبيس فدفعها اليه كان باطلا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هى هبة جائزة وقوله حبيس أو رقبى باطل * رجل منح رجلا بعيرا أو شاة أو ثوبا أو غير ذلك قال كل شئ منه مما ينتفع به للسكنى أو اللبس مثل الدار والثوب ولبن الشاة وظهر البعير فهو عارية يرده وفى الطعام والدراهم واللبن وما لا ينتفع به الا بالاستهلاك يكون قرضا فى ظاهر الرواية كاعارة الدراهم وفى النوادر يكون هبة * ولو وضع سكرا بين قوم وقال خذوه فمن أخذ فهو له * ولو نثره فوقع فى حجر رجل أو كفه فأخذه آخر منه فهو جائز وهذا اذا لم يبسط كفه أو ذيله لذلك فأما اذا بسط لذلك فما وقع فيه فهو له * وقال الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى الدراهم المنثورة فى هذا بمنزلة السكر * ولو وقع السكر أو الدراهم على رأس رجل ثم سقط عن رأسه فأخذه آخر فهو للثانى * ولو أخذه رجل بيده ثم سقط منه فأخذه آخر فهو للاول * قال محمد رحمه الله تعالى النهبة عندنا جائزة اذا أذن بها صاحبها * ذكر محمد رحمه الله تعالى فى السير الكبير رجل قال لقوم انى وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها واحد منهم كانت له * رجل رمى ثوبه لا يجوز لاحد أن يأخذه حتى يقول حين رماه من أراد أن يأخذه فليأخذه * رجل سيب دابته لعلة فأخذها انسان وتعاهدها قال ابو القاسم رحمه الله تعالى لصاحبها أن يستردها الا أن يقول عند التسييب من شاء فليأخذها فحينئذ تكون الدابة لمن تعاهدها قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى الجواب كذلك اذا قال صاحبها القوم معلومين ويكون هبة استحسانا

لبعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود كذا فى شرح الطحاوى * ولو وهب الطالب المال من المطلوب فمات قبل الرد فهو برئ وان لم يمت فرد الهبة فرده صحيح والمال على المطلوب وعلى الكفيل على حاله كذا فى المحيط * ولو كان الابراء والهبة بعد موته فقبل ورثته صح ولو ردوه ارتد وبطل الابراء فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لان الابراء بعد الموت ابراء للورثة وقال محمد رحمه الله تعالى لا يرتد برده كما لو أبرأه فى حال حياته ثم مات قبل القبول والرد كذا فى شرح الطحاوى * ولو أبرأ الكفيل صح الابراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع كذا فى غاية البيان شرح الهداية * ففى الكفيل حكم ابرائه والهبة له مختلف ففى الابراء لا يحتاج الى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفى الاصيل اتفق حكم الابراء والهبة والصدقة فيحتاج الى القبول فى الكل كذا فى شرح الطحاوى * ولو أبرأ المريض وارثه عن الكفالة بالنفس جاز لان المريض مرض الموت بمنزلة الصحيح فيما لم يتعلق به حق الغرماء والورثة وحقهم لا يتعلق بالكفالة بالنفس لانها ليست بمال ولهذا لو كان الكفيل بالنفس أجنبيا فأبرأه المريض لم يعتبر من الثلث وكذلك لو كان الكفيل بالنفس غير وارث وعلى المريض دين محيط فأبرأ الكفيل ثم مات من مرضه ذلك فهو جائز كذا فى محيط السرخسى * ولو أبرأ الكفيل برئ هو لا الاصيل * لو صالح الكفيل عما يجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل كذا فى الكافى * لو صالح الكفيل أو الاصيل الطالب على خمسمائة عن الالف التى عليه فاما أن يذكر فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا أو براءة الاصيل فكذلك الحكم أو لم يشترط شيئا فكذلك أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على الاصيل كذا فى التبيين * ثم الطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان اصطلحا بأمره وان كان بغير أمره فلا كذا فى شرح الطحاوى * لو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه برئ الكفيل والمكفول عنه كذا فى السراج الوهاج * واذا كفل رجل بنفس رجل ثم أقر الطالب انه لا حق له قبل المكفول به له أن يأخذ الكفيل بتسليمه ولا يبرأ ولو أقر وقال لا حق قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره ولا بولاية ولا بوصاية ولا بوكالة برئ الكفيل من الكفالة كذا فى الخلاصة * ولو قال لا حق لى قبل الكفيل يبرأ الكفيل وصار المنفى بهذا الاقرار الحقوق الثابتة كلها للطالب قبل الكفيل كذا فى الذخيرة * ضمن له ألفا على فلان فبرهن فلان انه كان قضاه اياها قبل الكفالة فانه يبرأ الاصيل دون الكفيل ولو برهن انه قضاه بعدها يبرآن كذا فى البحر الرائق * لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى

لان الموهوب له وان كان مجهولا فعند القبض يصير معلوما * ولو سيب دابة وقال لا حاجة لى اليها ولم يقل هى لمن أخذها فأخذها انسان لا تكون له ولو أرسل طيرا مملوكا له فارسال الطير بمنزلة تسييب الدابة قالوا فى الطير لا ينبغى أن يرسلها اذا كان وحشى الاصل اذا لم يقل هو لمن أخذها لانه اذا لم يقل ذلك فمن أخذها لا تكون له فيكون آكلا مال الغير * رجل قال أذنت الناس جميعا فى ثمر نخلى هذه فمن أخذ منه شيئا فهو له فبلغ ذلك ناسا من الناس وأخذوا من ذلك شيئا كان لهم * رجل رفع عينا ساقطا فزعم ان الملقى قال من أخذه فهو له وصاحب العين ينكر ذلك القول قال الناطفى رحمه الله تعالى ان أقام الرافع بينة على ما ادعى أو حلف صاحب العين فأبى أن يحلف فان العين تكون للرافع * ولو ان الرافع لم يسمع ذلك من صاحب العين لكن أخبر بما قال صاحب العين عند الالقاء وسعه أن يأخذه بالخبر * رجل عنده دراهم فقال له صاحب الدراهم اصرفها فى حوائجك كان قرضا وان كانت حنطة فقال له صاحب الحنطة كلها كانت هبة * رجل قال لآخر هب لى هذا الشئ مزاحا فقال وهبت وسلم قال أبو نصر رحمه الله تعالى يجوز ذلك * رجل قال لختنه بالفارسية اين زمين ترا فاذهب وازرعها فقال الختن قبلت وزرع قال أبو القاسم رحمه الله تعالى كانت الارض للختن وان لم يقل الختن قبلت لم تكن له * رجل قال لآخر وهبت عبدى هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله فقال قبضته قال أبو بكر رحمه الله تعالى جازت الهبة من غير قوله قبلت ويصير قابضا فى قول محمد رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يصير قابضا ما لم يقبض * وان كان العبد غائبا فقال له وهبت منك عبدى فلانا فاذهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه نأخذ * ولو قال هو لك ان شئت فدفعه اليه فقال شئت عن أبى يوسف رحمه الله تعالى انه يجوز * رجل قال لغيره وهبت لك هذا العبد أمس ولم تقبل كان القول قول الواهب * رجل قال لآخر كسوتك هذا الثوب أو أعطيتك أو قال جعلت لك هذه الدار أو قال هذه لك فاقبضها أو قال هى لك هبة تكون هبة * ولو قال هبة سكنى أو سكنى هبة أو سكنى صدقة أو قال أخدمتك هذه الجارية فهى عارية فى جميع ذلك * وكذلك لو قال حملتك على هذه الدابة يكون عارية الا أن ينوى الهبة * وقيل هى من السلطان تكون هبة * ولو قال فى الدار هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم أو قال اجارة هبة فهى اجارة * ولو وهب لرجل غائب دراهم وأرسل بها على يد رسول فقال الموهوب له للرسول تصدق بها عليك لا يجوز * ولو قال للرسول تصدق بها على لا يجوز فان تصدق الرسول عنه ضمن الرسول للواهب * رجل قال جميع ما املكه لفلان يكون هبة حتى لا يجوز بدون القبض * ولو قال جميع ما يعرف بى أو ينسب الى لفلان فهو اقرار لان فى الوجه الاول

صرح باضافة الملك الى نفسه ثم أضافه الى فلان ومثله يكون هبة وفى المسئلة الثانية لم يصرح بملك نفسه لان مايعرف به أو ينسب اليه قد يكون لغيره * ولو قال بالفارسية اين غلام ترا ست يكون اقرارا * ولو قال اين غلام ترا يكون هبة لايملكه الا بالقبض * وذكر فى الزيادات اذا قال لجماعة من المسلمين هذا المال لكم يكون هبة * رجل قال لآخر خذ هذا المال واغز فى سبيل الله تعالى يكون قرضا لان الكلام محتمل يحتمل القرض و يحتمل الهبة والقرض أدناهما فيحمل عليه ولان الاخذ المطلق سبب للضمان فى الشرع * ولو دفع اليه دراهم فقال أنفقها افعل فهو قرض وهو كما قال اصرفها فى حوائجك * ولو دفع اليه ثوبا فقال اكتس به نفسك ففعل يكون هبة لان القرض فى الثوب باطل فانه تعذر حمله على القرض يحمل هبة تصحيحا للتصرف * رجل غرس كرما وله ابن صغير فقال جعلته لابنى فلان يكون هبة لان الجعل عبارة عن التمليك * وان قال أغرسه باسم ابنى لايكون هبة وان قال جعلته باسم ابنى يكون هبة ظاهرا لان الناس يريدون بهذا التمليك والهبة * رجل اتخذ وليمة للختان فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يديه قالوا ان كانت الهدية مما يصلح للصبيان مثل ثياب الصبيان أو يكون شيأ يستعمله الصبيان فهى للصبى لان مثله يكون هبة للصبى عادة * وان كانت الهدية دراهم أو دنانير أو غير ذلك يرجع الى المهدى فان قال المهدى هى هبة للصغير كانت للصغير * وان تعذر الرجوع اليه ينظر ان كان المهدى من معارف الاب أو أقاربه فهى للاب وان كان من قرابة الام أو من معارفها فهى للام * وكذا اذا اتخذ وليمة لزفاف الابنة الى بيت زوجها فأهدى الناس هدايا فهو على ماذكرنا من قرابة الاب أو من قرابة الام * وكذا لو كان المهدى من معارف الزوج أو من أقاربه أو من معارف المرأة أو أقاربها الا اذا بين المهدى وقال أهديت لهذا او لهذا فيكون القول له * وقال بعضهم فى الاحوال كلها تكون الهدية للوالد لان الوالد هو الذى اتخذ الوليمة * وقال بعضهم تكون للولد لان الوالد اتخذ الوليمة لاجل الولد * ولا يعتبر قول المهدى عند الاهداء أهديت للولد لان الوالد أو صاحب الوليمة اذا كان رجلا عظيما ثم ما يقول المهدى هذا لخدمكم والاعتماد على ماقلنا أولا * رجل قال لآخر وهبت لك هذه الغرارة الحنطة أو هذا الزق السمن كانت الهبة هى الحنطة والسمن دون الغرارة والزق * ولو قال وهبت منك غرارة الحنطة وزق السمن كانت الهبة فى الزق والغرارة ولا يدخل فيه الحنطة والسمن لان فى الوجه الثانى أضاف الهبة الى الغرارة والزق لا الى الحنطة والسمن فلا يدخل فيه الحنطة والسمن كثياب العبد * وفى الوجه الاول أضاف الهبة الى الحنطة والسمن * رجل أهدى اليه جاره شيأ من المأكولات فى إناء هل له أن يأكل فى انائه قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى ان كان ثريدا أو نحو ذلك لا بأس به لانه لو

الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أدى الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل كذا ذكره الامام قاضيخان والامام المحبوبى كذا فى النهاية * قال محمد رحمه الله تعالى فى الاصل الكفيل بالنفس اذا قضى الدين الذى على المكفول بنفسه على أن يبرئه عن الكفالة بالنفس ففعل جاز القضاء وجازت البراءة كذا فى المحيط * لو قضى المطلوب دين الطالب لايبرأ الكفيل بالنفس اذا كان يدعى عليه حقا آخر كذا فى التتارخانية * والكفيل بالنفس اذا صالح على مال لاسقاط الكفالة لايصح أخذ المال وهل تسقط الكفالة بالنفس فيه روايتان فى رواية تسقط كذا فى الفصول الاستروشنية * وبه يفتى كذا فى الذخيرة * ولو كان كفيلا بالنفس والمال فصالح بشرط البراءة من الكفالة بالنفس برئ كذا فى الفصول الاستروشنية * ولو قال المكفول له للكفيل برئت الى من المال فهو اقرار منه بالايفاء حتى يرجع الكفيل على الاصيل اذا كفل بامره ولو قال للكفيل أبرأتك فهو ابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل حتى لايكون للكفيل أن يرجع بالمال على الاصيل وان قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الى فهو ابراء عند محمد رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى هو اقرار بالقبض كذا فى الكافى * وقيل أبو حنيفة رحمه الله تعالى مع أبى يوسف رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة وهو مختار صاحب الهداية وهو أقرب الاحتمالين فالمصير اليه أولى كذا فى الاختيار شرح المختار * ولا خلاف بينهم انه لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان اقرارا بالقبض كذا فى النهر الفائق * ولو قال الطالب للكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك باجماع من الائمة الاربعة لان لفظ الحل يستعمل فى البراءة بالابراء دون البراءة بالقبض كذا ذكره المحبوبى كذا فى معراج الدراية * لو كفل بالثمن فاستحق المبيع برئ الكفيل وكذا لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط ولو كفل المشترى بالثمن لغريم البائع ثم استحق المبيع برئ الكفيل ولو رده بعيب بقضاء أو بغيره لا كذا فى البحر الرائق * لو أن رجلا تزوج امرأة وكفل بالمهر رجل عن الزوج ثم سقط كل المهر بالفرقة الكائنة من قبلها قبل الدخول بها أو سقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول بها برئ الكفيل عن كل المهر فى الفصل الاول وعن نصف المهر فى الفصل الثانى حكما لبراءة الزوج ولو أن امرأة زوجت نفسها من رجل على ألف درهم وأمرت زوجها حتى يضمنها الغريم أو أحالته بها عليه أو كفل بها عنه ثم وقعت بينهما من جهتها فرقة قبل الدخول بها حتى سقط كل المهر فان الزوج لايبرأ عن الكفالة واذا بقيت الكفالة حتى أدى الزوج رجع بما أدى على المرأة وكذلك لو طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم مثل ذلك الا انه يرجع عليها بقدر النصف كذا فى المحيط * ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط كذا فى الهداية * وهذا هو الظاهر كذا فى غاية البيان * ويروى انه يصح كذا فى الهداية

جعله فى انية أخرى تذهب لذته وان كان شيأ من الفواكه لايسعه أن يأكل فيه الا أن يكون بينهما انبساط * قوم أجلسوا على أخونة هل لاهل الخوان أن يناول شيأ من على خوان آخر ومن هو ليس يجالس معه على خوانه * قال ابن مقاتل رحمه الله تعالى ليس لهم ذلك ومن ناوله من معه على خوانه فانه لا بأس به وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى القياس ماقال ابن مقاتل * وفى الاستحسان كل من كان فى ضيافته اذا أعطاه جاز قال وبه نأخذ * رجل وهب عبد انسان بغير اذن المولى وسلمه ثم ادعى مولاه انه عبده وأقام البينة وقضى القاضى له ثم أجاز المولى هبة العبد ذكر الخصاف رحمه الله تعالى انه لاتجوز اجازته فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى * وهذا على الرواية التى تروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان قضاء القاضى للمستحق يكون فسخا للعقود الماضية أما فى ظاهر الرواية لايكون فسخا كذا ذكر شمس الائمة الحلوانى رحمه الله تعالى فاذا لم ينفسخ البيع بالاستحقاق لاتنفسخ الهبة فتصح اجازة المستحق والفتوى فى البيع على ظاهر الرواية * رجل قال لآخر كنت وهبت لى ألف درهم ثم قال بعد ماسكت ثم أقبضتها كان القول قوله لان الاقرار بالهبة لايكون اقرارا بالقبض * رجل أقر انه وهب لفلان هذا العبد قال بعضهم يكون اقرارا بالهبة والقبض جميعا لان الاقرار بالهبة المطلقة اقرار بهبة صحيحة تامة وذلك لايكون الا بالقبض * والاصح أن الاقرار بالهبة لايكون اقرارا بالقبض * رجل قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها كان عليه مثلها أو قيمتها لان اعارة مالايمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك يكون قرضا * قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى هذا اذا لم يكن بينهما دلالة الهبة ولا تهادى * وعن عبد الله بن المبارك رحمه الله تعالى انه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه منى حتى تروا كيف أضرب فدفعوا اليه فضربه على الارض وكسره وقال رأيتم كيف أضرب قالوا أيها الشيخ خدعتنا وانما قال لهم ذلك احترازا عن قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان عنده كسر الملاهى يوجب الضمان وهذا دليل على مامر أن هبة المشاع جائزة * رجل قال لآخر وهبت عبدى هذا منك والعبد حاضر فقبضه الموهوب له جازت الهبة لان القبض فى المجلس بحضرة الواهب دلالة القبول بخلاف مامر من مسئلة هبة الارض من الختن لانه ثم لم يكن القبض بحضرة الواهب فى المجلس * رجل أمر شريكه بدفع الى ولده مالا فامتنع الشريك عن الاداء قالوا ان كان أمره بالدفع الى ولده على وجه الهبة للولد لم يكن للولد أن يخاصم الشريك لان الهبة لاتثبت قبل القبض وان لم يكن الامر بالدفع على وجه الهبة للولد كان للولد أن يخاصم الشريك لانه يخاصمه لا بحكم الوكالة لنفسه وحق الاب ثابت على الشريك فتسمع دعواه * رجل وهب أمة لرجل وسلمها اليه وعليها حلى وثياب جازت الهبة * وكذا الصدقة

وهذا أوجه كذا فى فتح القدير * قيل فى وجه اختلاف الروايتين أن عدم الجواز ظاهر اذا كان الشرط شرطا محضا لامنفعة للطالب فيه أصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف بين الناس وأما اذا كان الشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كذا فى العناية * ولا يجوز تعليق براءة الاصيل بالشرط فلو قال للمطلوب اذا جاء غد فانت برئ من الدين لايجوز كذا فى محيط السرخسى * رجل له دين على رجل فقال الطالب للمطلوب ان لم أقبض مالى عليك حتى تموت فأنت فى حل فمات المطلوب كانت البراءة باطلة * ولو قال الطالب ان مت أنا فأنت فى حل فهو جائز لانها وصية كذا فى فتاوى قاضيخان * وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى لو قال الطالب للمطلوب اذا خرج فلان من السجن أو اذا قدم من سفره فأنت برئ من الدين فهذا باطل ولو كان المطلوب كفيلا بالالف عن المسجون جاز الابراء كذا فى محيط السرخسى * رجل كفل عن رجل بمال فقال الكفيل للمكفول له ان وافيتك بنفسه غدا فأنا برئ من المال جاز وبرئ عن المال لمكان التعامل كذا فى فتاوى قاضيخان * روى هشام عن أبى يوسف رحمه الله تعالى اذا ضمن مهر امرأة بنفسه على انه ان مات الابن أو امرأته قبل البناء فهو برئ فالضمان لازم والشرط باطل كذا فى الفصول العمادية * ولو قال الكفيل بالنفس أنا برئ متى ماراد الطالب أو لقيته فهذا جائز ويبرأ اذا رآه الطالب أو لقيه فى موضع يقدر على طلب حقه فيه كذا فى محيط السرخسى * وفى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا قال الرجل لغيره أنا كفيل لك بنفس هذا اليوم فاذا مضى اليوم فأنا برئ قال اذا مضى اليوم فقد برئ كذا فى المحيط * كفل بمال على رجل على أنه متى سلم نفس المطلوب الى الطالب فهو برئ من المال وان أخذ الطالب المال من الضامن قبل أن يدفع الضامن اليه نفس المطلوب رجع ثم ان الضامن جاء بنفس المطلوب ودفع الى الطالب رجع الضامن على الطالب بالمال الذى دفع اليه كذا فى الذخيرة * الطالب اذا علق براءة الكفيل بالنفس بشرط فهو على وجوه ثلاثة فى وجه تجوز البراءة ويبطل الشرط نحو أن تكفل رجل بنفس رجل فابرأه الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم جازت البراءة وبطل الشرط وان صالح الكفيل المكفول له على مال ليبرئه عن الكفالة لايصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل ولايبرأ الكفيل عن الكفالة فى رواية الجامع واحدى روايتى الحوالة والكفالة وفى رواية أخرى يبرأ عن الكفالة * وفى وجه تجوز البراءة والشرط وصورة ذلك رجل كفل بنفس رجل وبما عليه من المال فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال الى الطالب ويبرئه عن الكفالة بالنفس جازت البراءة والشرط * وفى وجه لايجوز كلاهما وصورة ذلك رجل كفل بنفس رجل ثم ان شرط الطالب على الكفيل أن يدفع اليه المال ويرجع بذلك على المطلوب فانه يكون باطلا كذا فى

ويكون الثياب والحلي للواهب لا للموهوب له والمتصدق عليه لمكان العرف والعادة * قال المولانا رحمه الله تعالى فان كان الثوب عليها قدر ما يستر عورتها ينبغي أن يكون ذلك للموهوب له * ولو وهب الحلي الذي له على الجارية والثوب ولم يهب الجارية لم تجز الهبة حتى ينزعه ويدفع الثوب والحلي الى الموهوب له لان الحلي والثوب مادام على الجارية يكون تبعا للجارية مشغولا بالاصل فلا تجوز هبته كجوالق الحنطة وخوان الطعام * رجل قال لغيره وهبت لك هذا البيت فقال الموهوب له قبلت جاز قالوا ولا يدخل في الهبة الغلق والسرر والسلاليم الغير المركبة لانها بمنزلة متاع موضوع في البيت * ولو قال وهبت لك هذا البيت بمرافقه قالوا تدخل هذه الاشياء في الهبة * قال مولانا رحمه الله تعالى عندي الغلق لا يدخل في بيع البيت بذكر المرافق فلا يدخل في الهبة * رجل وهب لآخر أرضا على ان ما يخرج منها من زرع ينفق الموهوب له على الواهب * وقال أبو القاسم رحمه الله تعالى (٢٦٦) ان كان في الارض كرم وأشجار جازت الهبة ويبطل الشرط وان كانت الارض قراحا فالهبة فاسدة قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى لان في الثمر شرط على الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب فتجوز الهبة ويبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وفي الارض القراح شرط على الموهوب له عوضا مجهولا لان الخارج من الارض نماء ملكه فيكون له فكان مفسدا للهبة * رجل أضل لؤلؤة فوهبها الآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هذه هبة فاسدة لانها هبة على خطر والهبة لا تصح مع الخطر * وقال زفر رحمه الله تعالى تجوز هذه الهبة * رجل له على رجل ألف درهم نقد بيت المال وألف غلة وقال للمديون وهبت لك أحد المالين قال محمد رحمه الله تعالى جازت الهبة والبيان اليه مادام حيا ولورثته بعد موته ان مات قبل البيان لان هبة الدين اسقاط والجهالة لا تمنع صحة الاسقاط ويكون البيان الى المسقط * رجل دفع الى رجل ثوبين وقال له أيهما شئت فلك والآخر لابنك فلان والابن صغير ان بين الموهوب له قبل أن يتفرقا جاز لان ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد وان تفرقا قبل البيان لا يجوز لتقرر الجهالة * وعلى هذا لو وهب غلاما أو شيأ على ان الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام ان أجاز قبل الافتراق جاز وان لم يجز حتى افترقا لم يجز * ولو وهب شيأ على أن الواهب بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة وبطل الخيار لان الهبة عقد غير لازم فلا يصح فيها شرط الخيار * أحد الشريكين اذا قال لشريكه وهبت لك حقي من الربح قالوا ان كان المال قائما لا تصح لانها هبة المشاع فيما يقسم وان كان الشريك استهلك المال صحت الهبة لانها صارت دينا بالاستهلاك والدين لا يقسم فيكون هذا هبة المشاع فيما لا يقسم فتصح * رجل وهب لآخر ما في بطن غنمه وأمره بقبضه اذا وضعت لا تصح وان قبض بعد الوضع لانها هبة المعدوم * وكذلك الدهن في السمسم والزيت في الزيتون قبل أن يعصر

فتاوى قاضيخان *

﴿الفصل الرابع في الرجوع﴾ رجل قال لغيره اكفل لفلان بألف درهم عني أو قال انقد فلانا ألف درهم عني أو قال اضمن عني ألف درهم أو قال اضمن له الالف التي علي أو قال اقضه ماله علي أو قال انقده عني أو قال أعطه الالف التي له علي أو قال أعطه عني ألف درهم أو قال أوفه عني أو قال ادفع اليه الالف التي له علي أو قال ادفع له عني ألف درهم ففعل المأمور فانه يرجع على الآمر في هذه المسائل بما دفع في رواية الاصل كذا في فتاوى قاضيخان * كل موضع صحت الكفالة فيه لو أدى الكفيل ما كفل به من عنده رجع على المكفول عنه ولا يرجع قبل الاداء وإذا أدى المال من عنده رجع بما كفل ولا يرجع بما أدى حتى لو أدى الزيوف وقد كفل بالجياد يرجع بالجياد ولو أدى مكان الدنانير الدراهم وقد كفل بالدنانير أو شيأ مما يكال أو يوزن على سبيل الصلح رجع بما كفل به كذا في المحيط * والرجوع على الآمر انما يكون اذا كان الآمر ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى ان المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا أو أمر رجلا بأن يكفل عنه فكفل وأدى لا يرجع وكذا العبد المحجور اذا أمر رجلا بأن يكفل عنه فكفل وأدى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفل عن الصبي المأذون بأمره وأدى كان له أن يرجع بذلك عليه هكذا في العناية * لو قال ادفع أو اضمن أو اكفل له ولم يقل عني أو له علي فان كان خليطا له بأن كان يأخذ الرجل منه ويداينه ويضع عنده المال أو يكون في عياله يرجع على الآمر والا فلا كذا في محيط السرخسي * ذكر في الاصل اذا أمر حريفا له من الصيارفة أن يعطي رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يذكر قضاء عنه فنقد المأمور فانه يرجع الصيرفي على الآمر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان لم يكن حريفا لا يرجع الا أن يقول عني * ذكر في الاصل رجل قال لغيره وليس بخليط له ادفع الى فلان ألف درهم فدفع المأمور لا يرجع به على الآمر لكن يرجع به على القابض قال لانه لم يدفع اليه على وجه يجوز دفعه كذا في فتاوى قاضيخان * لو أن رجلا كفل عن رجل حاضر بمائة درهم بغير أمره فقال المكفول عنه قد رضيت بكفالتك ان كان رضاه قبل قبول المكفول له كان للكفيل أن يرجع بما أدى على المكفول عنه كما لو أمره قبل الكفالة أن يكفل عنه وان كان رضاه بعد قبول المكفول له لا يكون للكفيل أن يرجع بما أدى على المكفول عنه ولا يكون لرضاه عبرة كذا في الذخيرة * كفل عبد عن سيده فعتق فأداه أو كفل سيده عنه بأمره فأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر كذا في الكافي * اذا تزوج امرأة والمرأة ساكنة في منزل بملها فنزل بها وضمن عنها الاجر فاذا لا يرجع عليها سواء كان بأمرها أو بغير أمرها نظير هذا ما لو ضمن الاب المهر عن الابن الصغير لا يرجع على الابن والرواية محفوظة في الاب اذا شرط وقت الضمان والاداء

المنطة قبل الطحن * رجل وهب الدين ممن عليه الدين ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى أنها لا تصح من غير قبول المديون وخبز عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى * وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى وفي أكثر الكتب أنها تصح من غير قبول وهكذا ذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى أنها تصح من غير قبول الا أنها تبطل بالرد * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها لا تصح من غير قبول كما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى * ولو كان الدين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون جاز وان وهب نصف الدين مطلقا ينفذ في الربع ويتوقف في الربع كما لو وهب نصف العبد المشترك ﴿فصل في هبة المشاع﴾ رجل وهب نصيبه مما يقسم نحو الارض والمكيل والموزون من غير شريكه لا يجوز عند الكل وان وهب من شريكه لا يجوز عندنا * وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يجوز * ولو وهب دارا من رجلين لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (٢٦٧) * وكذلك كل ما يقسم * وقال صاحباه رحمهما الله تعالى جاز * ولو رهن داره من رجلين جاز عند الكل * وكذا لو آجر داره من رجلين * ولو وهب نصف داره من رجل ووهب النصف الآخر من رجل آخر وسلم الدار اليهما معا جاز * وان تقدم تسليمه الى أحدهما لا يجوز وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز في الوجهين وفيما لا يقسم كالعبد والدابة والثوب والحمام يجوز هبة المشاع من الشريك وغيره في قولهم * ولو وهب درهما صحيحا من رجلين اختلفوا فيه قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى لا يجوز لان تنصيف الدرهم لا يضر فكان مما يحتمل القسمة والصحيح أنه يجوز وبه قال القاضي الامام أبو الحسن علي السغدي والشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمهما الله تعالى لان الدرهم الصحيح لا يكسر عادة فكان مما لا يحتمل القسمة حتى لو كان من الدراهم التي تكسر عادة ولا يضرها الكسر والتبعيض كانت بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلا يجوز والدينار الصحيح قالوا ينبغي أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح * رجل معه درهمان فقال لرجل وهبت منك درهما منهما قالوا ان كان الدرهمان مستويين في الوزن والجودة لا يجوز لان الهبة تناولت أحدهما وهو مجهول * وان كانا مستفا وتين جاز لان في الوجه الاول الهبة تناولت أحدهما وفي الوجه الثاني تناولت وزن درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة وفيما اذا فسدت الهبة بحكم الشيوع اذا هلكت الهبة عند الموهوب له هل تكون مضمونة عليه ذكر ابن رستم رحمه الله تعالى رجل دفع درهمين الى رجل وقال أحدهما هبة لك والآخر أمانة عندك فهلكا جميعا يضمن درهما وهو في الآخر أمين قال وانما يضمن لانه أخذه بهبة فاسدة نص أنها تكون مضمونة * وذكر في مضاربة المنتقى رجل دفع الى رجل ألف درهم وقال نصفها هبة لك ونصفها مضاربة عندك لا يجوز فان هلك المال عند القابض يضمن خمسمائة

ان يضمن وأدى لم يرجع على الابن ان له أن يرجع على الابن ففي المرأة يجب أن يكون الجواب كذلك كذا في الذخيرة * ولو كفل للبائع بالثمن فوهب البائع الثمن من الكفيل فقبضه الكفيل من المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا قال رده على البائع ويرجع عليه بالثمن وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل كذا في محيط السرخسي * ولو أدى الكفيل الثياب في السلم رجع بقيمتها ولو شرط في السلم التسليم في المصر وبه كفيل فسلم الكفيل المسلم فيه خارج المصر رضا رب السلم يرجع على المسلم اليه في المصر كذا في التتارخانية نقلا عن العتابية * في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل ادعى على رجل ألف درهم وضمنها رجل بأمر المدعى عليه ودفعها الضامن الى المدعي ثم ان المدعي مع المدعى عليه تصادقا على أنه لم يكن على شيء قال المدعي يدفع ما قبض الى المدعى عليه ثم الضامن يرجع بها على المدعى عليه * وفي المنتقى رجل له على رجل ألف درهم فأمر الطالب المطلوب أن يضمن عنه لرجل ألفا حالة أو الى أجل قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان كانت الالف التي للآمر على المأمور حالة وضمن المأمور عنه الفا الى أجل فللآمر أن يرجع عليه بألف حلت أو لم تحل وان كانت الالف التي للآمر مؤجلة فضمن عنه الفا مؤجلة الى مثل ذلك الاجل ثم حلت لم يكن له أن يأخذ بها وكذلك لو كانت له عنده وديعة وأمره أن يضمن لغريمه عنه ألفا ليس له أن يأخذ كذا في المحيط * قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل المعير اذا أخذ كفيلا برد المستعار أو المغصوب منه اذا أخذ كفيلا برد المغصوب ثم ان الكفيل حمل المكفول به الى المالك كان للكفيل الرجوع على المستعير والغاصب بقيمة الحمل وهو أجر مثل حمله وهذا استحسان ولو كان مكان الكفالة وكالة بان وكل المستعير أو الغاصب وكيلا يوافي به في منزل المعير أو المغصوب منه أو حيث وقع الغصب أو العارية فهو جائز أيضا ولكن لا يجبر الوكيل على النقل بخلاف الكفيل فان الكفيل يجبر على النقل كذا في الذخيرة * روى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى في رجل كفل بألف درهم عن رجل بأمره ثم ان الذي عليه الاصل أداها بمحضر من الكفيل ثم جحد الطالب ذلك وحلف فأخذ من الكفيل فللكفيل أن يرجع به على المكفول عنه ولو كان الكفيل هو الذي دفع بمحضر ممن عليه الاصل ثم جحد الطالب القبض وحلف وأخذ المال من الكفيل فليس للكفيل أن يرجع بما أدى على الاصيل كذا في المحيط * ولو ضمن الوصي دين الميت يرجع في تركته كذا في التتارخانية نقلا عن العتابية * رجل اشترى عبدا بألف درهم وكفل رجل بالثمن عن المشتري فنقد الكفيل البائع الثمن وقبض المشتري العبد ثم غاب الكفيل قبل أن يرجع على المشتري بما نقد عنه من الثمن ثم جاء مستحق فاستحق العبد من يد المشتري فأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن لم يكن له ذلك حتى

درهم * ولو وهب نصف الدار أو تصدق وسلم ثم ان الواهب باع ما وهب أو تصدق ذكر في وقف الاصل أنه يجوز بيعه لانه لم يقبض * ولو باعها الموهوب له لا يجوز بيعه لانه لم يملك نص أن هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك وان اتصل به القبض وبه قال الطحاوي * وذكر عصام رحمه الله تعالى أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى * رجل دفع تسعة دراهم الى رجل وقال ثلاثة لك قضاء من دينك وثلاثة لك هبة وثلاثة تصدقت بها عليك قال محمد رحمه الله تعالى ثلاثة قضاء جائزة وثلاثة صدقة لم تجز ولم يضمن وثلاثة هبة لم تجز ويضمن نص أن الهبة الفاسدة مضمونة * رجل أعطى رجلا درهمين وقال نصفهما لك وهما في الوزن والجودة سواء عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال لم يجز * وان كان أحدهما أثقل وأجود أو أردأ جاز ويكون مشاعا لا يحتمل القسمة * وان قال وهبت لك نصفيهما وهما في الوزن والجودة سواء ودفعهما اليه جاز وان قال أحدهما لك هبة لم تجز كانا سواء أو مختلفين * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في النوادر اذا قال وهبت لك نصف هذه الدار ولهذا الآخر نصفها لم تجز * وان قال وهبت لكما لهذا نصفها ولهذا الآخر نصفها جاز * رجل تصدق بعشرة دراهم على رجلين فقيرين قال في الجامع الصغير جاز وان تصدق بها على غنيين لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه رحمهما الله تعالى جاز كانا فقيرين أو غنيين * وذكر في هبة الاصل اذا وهب لرجلين شيأ يحتمل القسمة لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى * وكذلك الصدقة فصار في الصدقة على رجلين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان ووجه الفرق بين الهبة والصدقة معروف فيحتمل أن تكون الصدقة على غنيين بمنزلة الهبة والهبة من الفقيرين بمنزلة الصدقة * ولو وهب دارا من رجل فوكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز * عبد بين رجلين وهب له أحد الموليين شيأ يحتمل القسمة لا تصح أصلا لانها لم تصح في نصيب الواهب لانه يكون واهبا لنفسه فبقي في نصيب صاحبه شيء يحتمل القسمة فان كان الموهوب شيأ لا يحتمل القسمة جازت الهبة في نصيب صاحبه لانه وقع في نصيب صاحبه شيء لا يحتمل القسمة * رجل وهب دارا لرجل وسلم وفيها متاع الواهب لا يجوز لان الموهوب له مشغول بما ليس بهبة فلا يصح التسليم * امرأة وهبت دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ومتاعها فيها والزوج ساكن معها في الدار جازت الهبة ويصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم * رجل وهب دارا فيها متاع الواهب أو جوالق أو جرابا فيها طعام الواهب وسلم لا يجوز لان الموهوب مشغول بما ليس بهبة * ولو وهب المتاع والطعام دون الجوالق والدار وسلم جاز لان الموهوب غير مشغول بغيره بل هو شاغل غيره * ولو وهب أرضا فيها [البائع]

بعد ما كفل ثم اذا حضر الكفيل كان للكفيل الخيار ان شاء رجع بما أدى على البائع وان شاء رجع على المشتري واذا اختار تضمين أحدهما لا يكون له أن يضمن الآخر فان ضمن البائع فليس للبائع أن يرجع على المشتري وان كان الكفيل ضمن المشتري من الابتداء فللمشتري أن يرجع على البائع بما دفع ولو كان الكفيل حين نقد الثمن رجع على المشتري وغاب ثم ظهر الاستحقاق كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو لم يستحق العبد ولكن ظهر أنه كان حرا أو مكاتبا أو مدبرا أو كان المشتري جارية وظهر أنها كانت أم ولد له كان الجواب فيه كالجواب في فصل الاستحقاق قال محمد رحمه الله تعالى واذا اشترى الرجل من آخر عبدا بألف درهم وكفل بالثمن كفيل عن المشتري بأمره ونقد الثمن وغاب فمات العبد في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن سواء رجع الكفيل على المشتري بالثمن أو لم يرجع فلو لم يمت العبد ولكن وجد المشتري به عيبا ورده بقضاء أو بغير قضاء أو رده بخيار رؤية أو بخيار شرط كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن ولا سبيل للكفيل عليه قال ولو أن رجلا اشترى من رجل عبدا بألف درهم وكفل رجل بالثمن عن المشتري بأمره ثم ان الكفيل صالح البائع عن الالف على خمسين دينارا فالكفيل يرجع على المشتري بالدراهم دون الدنانير فان استحق العبد والكفيل غائب فالمشتري لا يرجع على البائع وان حضر الكفيل اتبع البائع بالدنانير ولو أراد الكفيل أن يرجع على المشتري لم يكن له ذلك بخلاف ما اذا أدى الكفيل الدراهم فان هنالك للكفيل أن يرجع على المشتري ولو كان مكان الصلح بيع بأن باع الكفيل خمسين دينارا من البائع بالالف ثم استحق العبد كان البيع في ذلك والصلح سواء وأراد محمد رحمه الله تعالى بهذه التسوية بين البيع والصلح التسوية فيما اذا استحق العبد بعد افتراقهما فان هنالك البيع يبطل كما ان الصلح يبطل وأما اذا استحقت الدراهم وهما في المجلس بعد فالبيع لا يبطل والصلح يبطل ولو لم يستحق العبد ولكنه مات في يد البائع قبل التسليم وقد كان الكفيل باع من البائع خمسين دينارا بالدراهم وقبض البائع الدينار كان للمشتري ان يرجع على البائع بالدراهم ولا سبيل للكفيل على البائع ولو كان مكان البيع صلح بأن صالح الكفيل البائع من الدراهم على خمسين دينارا ثم مات العبد قبل التسليم الى المشتري فهو نظير مسئلة البيع الا أنه فرق ما بين الصلح والبيع ففي الصلح لبائع العبد الخيار ان شاء رد خمسين دينارا وان شاء رد ألف درهم وفي البيع لا يتخير بل يرد ألف درهم لا محالة ثم في مسئلة الصلح اذا اختار البائع الدنانير فالكفيل هو الذي يقبض الدنانير من البائع وان اختار رد الدراهم فالمشتري هو الذي يقبضها من البائع فلو كان الكفيل مأمورا من جهة المشتري بأن يقضي البائع الثمن فباع المأمور من البائع خمسين دينارا بالثمن أو صالحه من الثمن على خمسين دينارا يجوز ولو كان الكفيل كفل عن المشتري بغير أمر المشتري ثم ان الكفيل باع من

زرع أو نخل أو نخلا عليها ثمر أو وهب الزرع بدون الارض أو النخل بدون الارض أو نخلا بدون الثمر لا تجوز الهبة في هذه المسائل لان الموهوب متصل بغير الهبة اتصال خلقة مع امكان القطع والفصل فقبض أحدهما بدون الآخر غير ممكن في حالة الاتصال فيكون بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة * ولو وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار بما فيها ثم وهب المتاع جازت الهبة في المتاع لان الدار مشغولة بالمتاع فصحت هبة المتاع * ولو وهب المتاع أولا وسلم الدار مع المتاع ثم وهب الدار صحت الهبة فيهما جميعا * ولو وهب الدار دون المتاع أو الارض دون الزرع والنخل أو النخل دون الثمر أو الثمر دون النخل ولم يسلم حتى وهب المتاع والزرع والنخل والثمر وسلم الكل صحت الهبة في الكل لانه لم يوجد عند القبض والتسليم ما يمنع القبض فصار كما لو وهب الكل هبة واحدة وسلم * اما اذا فرق التسليم والقبض فرق العقد فيفسد كل عقد بحكم فساد القبض كما لو وهب نصف الدار وسلم ثم وهب النصف الآخر وسلم فانه يفسد العقدان جميعا * ولو وهب زرعا بدون الارض أو ثمرا بدون النخل وأمره بالحصاد والجداد ففعل الموهوب له ذلك جاز لان الموهوب له اذا قبض الهبة باذن الواهب صح قبضه في المجلس وبعده وان قبض بدون اذنه ان قبض في المجلس قبل الافتراق جاز استحسانا لان القبض في الهبة بمنزلة القبول فصح في المجلس لم ينهه * وان قام الواهب وخرج قبل قبض الموهوب فقبضه الموهوب له ان كان بأمر الواهب صح والا فلا * وان كان الموهوب غائبا عن حضرة الموهوب له فان قبضه بأمر الواهب صح والا فلا والصدقة في هذا بمنزلة الهبة وكذلك القرض والبيع الفاسد والرهن ان قبض بعد الافتراق عن المجلس ان قبض بحكم الاذن صح قبضه والا فلا * والتخلية في الهبة الفاسدة لا تكون قبضا عند الكل كما في البيع الفاسد * وفي الهبة الجائزة التخلية قبض عند محمد رحمه الله تعالى * والموهوب اذا كان غائبا عن حضرة الواهب والموهوب له فالقبض فيها ان يأمره بالقبض * وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكون قبضا فيما ينقل حتى يزيله عن [مكانه] * والتخلية أن يخلي بين الهبة والموهوب له ويقول اقبضه * رجل وهب دارا فيها متاع ووهب متاعها وخلى بين الكل والموهوب له ثم استحق المتاع بقيت الهبة جائزة في الدار لان الكل كان في يده فصح التسليم وهو كما لو استعار دارا أو غصب متاع رجل ووضعه في الدار ثم [وهب] المتاع لغيره ووهب الدار منه صحت الهبة لان المتاع والدار كانت في يده * وكذا لو أودعه المتاع والدار ثم وهب الدار صحت الهبة فان هلك المتاع [ثم جاء] مستحق واستحق المتاع كان له أن يضمن الموهوب له لان الموهوب له جعل غاصبا ضامنا للمتاع بمجرد التخلية لا تنتقل يد الواهب الى الموهوب له * وكذا لو وهب جوالق بما فيه من المتاع وخلى بين الكل ثم استحق الجوالق صحت الهبة فيما كان فيه * ولو باع متاعا في دار

بائع خمسين دينارا بالثمن أو صالحه من الثمن على خمسين دينارا فالبيع لا يجوز على كل حال وأما الصلح ان صالح على أن يكون الثمن الذي للبائع على المشتري للمتبرع فالصلح باطل أيضا وان صالح بشرط براءة المشتري من الثمن جاز الصلح وان أطلق الصلح اطلاقا ولم يشترط شيأ صح الصلح فلو مات العبد قبل التسليم الى المشتري واستحق ففيما اذا أطلق الصلح اطلاقا فلا سبيل للمشتري على البائع ولكن الكفيل هو الذي يرجع على البائع ويتخير البائع بين اعطاء الدراهم وبين اعطاء الدنانير كذا في الذخيرة * ان قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره كذا في معراج الدراية * قال شمس الأئمة هذا اذا أمره بها عن اكراه أما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع كذا في العناية * ذكر في السير المسلم اذا كان أسيرا في يد أهل الحرب فاشتراه رجل منهم ان اشتراه بغير أمره يكون متطوعا لا يرجع بذلك على الاسير فخلي سبيله وان اشتراه بأمره في القياس لا يرجع المأمور على الآمر وفي الاستحسان يرجع سواء أمره الاسير أن يرجع بذلك عليه أو لم يقل على أن يرجع بذلك علي وهو كما لو قال الرجل لغيره أنفق من مالك على عيالي أو أنفق في بناء داري فأنفق المأمور كان له أن يرجع على الآمر بما أنفق وكذا الاسير اذا أمر رجلا ليدفع الفداء ويأخذه منهم فهو بمنزلة ما لو أمره بالشراء كذا في فتاوى قاضيخان * رجل تكارى ابلا بغير أعيانها المحامل وزوامل وأخذ بها كفيلا ثم غاب الجمال وحمل الكفيل يرجع على المكاري بأجر مثله يوم ضمن وكذلك في الكفالة بالخياطة واذا أحال الكفيل صاحب الحق بدينه وأبرأه صاحب الحق كان محيلا وللكفيل أن يرجع على الذي عليه الاصل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى ليس له أن يرجع عليه * رجل له على رجل ألف درهم فأمر رجلا حتى كفل بها عنه لمطالب ثم قال من عليه الاصل لرجل اكفل بنفس هذا الكفيل ففعل ثم أخذ الطالب الكفيل بالنفس لم يكن للكفيل بالنفس على الذي أمره بذلك سبيل ولو كان أمر رجلا حتى كفل عن الكفيل بالمال ثم ان الطالب أخذ الكفيل الثاني وأخذ منه المال كان له ان يرجع على الذي أمره بذلك هكذا ذكر المسئلة في المنتقى كذا في المحيط * رجل قال لآخر هب لفلان عني ألف درهم فوهب المأمور كما أمر كانت الهبة عن الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر ولا على القابض وللآمر أن يرجع في الهبة والدافع يكون متبرعا ولو قال هب لفلان ألف درهم على أني ضامن ففعل جازت الهبة ويضمن الآمر للمأمور وللآمر أن يرجع في الهبة كذا في فتاوى قاضيخان * ولو قال أقرضه عني أو أعطه عني (٣) حيث يرجع وان لم يقل على أني ضامن ولو أعطى غيره ما أمره لم يرجع كذا في التتارخانية ناقلا عن العتابية * ولو قال أقرض فلانا ألف درهم فأقرضه لم يضمن الآمر شيأ سواء كان خليطا له أو لم يكن * ولو وهب رجل مالا لاجنبي ثم ان الموهوب

وخلى بينه و بين المتاع ثم وهب الدار صحت الهبة * ولو وهب الدار وفيها متاع الواهب فسلم الدار اليه فيها ثم وهب المتاع جازت الهبة في المتاع دون الدار لانه حين سلم الدار أولا لم تحكم الهبة لم يصح تسليمه فاذا وهب المتاع بعد ذلك كانت الدار مشغولة بمتاع الواهب فصحت في المتاع * ولو وهب المتاع أولا وسلم الدار مع المتاع ثم وهب الدار صحت الهبة فيهما جميعا * رجل وهب دارا لرجلين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى و يجوز في قول محمد رحمه الله تعالى ولو تصدق بجارية على فلان بما في بطنها والعلم محيط بانه لا ولد في بطنها حين تصدق بالدار لا يجوز * ولو تصدق عليها وعلى هذا الحائط جازت الصدقة * ولو وهب دارا لابنين له أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل * بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم اليهما جملة فان الهبة جائزة لان في الكبيرين لم يوجد الشيوع لا وقت العقد ولا وقت (٢٧٠) القبض * وأما اذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير الاب قابضا حصة الصغير فتمكن الشيوع وقت القبض * رجل وهب من رجل دارا وسلمه فاستحق نصفها بطلت الهبة في الباقي * ولو وهب دارا في مرضه وليس له مال سوى الدار ثم مات ولم يجز الوارث هبته بقيت الهبة في ثلثها وتبطل في الثلثين * ولو وهب دارا بما فيها من المتاع وسلم ثم استحق المتاع ذكر في الزيادات أن الهبة لا تبطل في الدار * وذكر ابن رستم رحمه الله تعالى ان هذا قول محمد رحمه الله تعالى أما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لو استحق وسادة منها تبطل الهبة في الدار لان موضع الوسادة من الدار لم يقبض * ولو وهب أرضا فيها زرع بزرعها ثم استحق الزرع بطلت الهبة في الارض عند الكل والزرع لا يشبه المتاع ولو وهب سفينة فيها طعام بطعامها ثم استحق الطعام بطلت الهبة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ابن رستم وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى * وقال محمد رحمه الله تعالى لا تبطل الهبة في السفينة لابي يوسف رحمه الله تعالى ان موضع الطعام من السفينة لم يقبض فلم تصح هبة السفينة * ولو وهب لابنه الصغير أرضا فيها زرع للاب أو وهب لابنه دارا والاب ساكن فيها لم تجز الهبة * وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المجرد رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والاب فيها ساكن أوله فيها متاع أو فيها قوم يسكنونها بغير أجر جازت الصدقة ويصير الاب قابضا لابنه * ولو كان فيها ساكن بأجر كانت الصدقة باطلة * رجل وهب لرجل جارية واستثنى ما في بطنها فقال على أن يكون الولد لي ذكر في الاصل أن الهبة جائزة وتكون الجارية مع ولدها للموهوب له لانه لو لم يستثن الولد كانت الجارية وولدها للموهوب له فيكون الولد داخلا في الهبة فكان استثناء الولد شرطا مبطلا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة * والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد على حيوان بدون الولد في هذا يكون بمنزلة الهبة * والبيع والاجارة والرهن يبطل باستثناء الولد * ولو أعتق ما في بطن

جاريته ثم وهب الجارية جازت الهبة في الام * وذكر في عتاق الاصل لو دبر ما في بطنها ثم وهب الام لم يجز قيل فيه روايتان في رواية لا تجوز الهبة في الاعتاق والتدبير جميعا * وقيل جازت الهبة فيهما والصحيح هو الفرق بين الاعتاق والتدبير في الاعتاق تجوز الهبة وفي التدبير لا تجوز لان التدبير لا يزيل الجارية عن ملكه فيكون الموهوب متصلا بغير الهبة من ملك الواهب والاعتاق يزيل الملك فلا يصير الموهوب بعد الاعتاق متصلا بغير الهبة فيجوز كما لو وهب لرجل دارا فيها ابن الواهب فصار استثناء الولد على ثلاثة أقسام * في قسم استثناء الولد يفسد التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان استثناء الولد بمنزلة شرط فاسد وهذه التصرفات لا تحتمل الشرط الفاسد * وفي قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء وهو النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان الشرط الفاسد لا يفسد هذه العقود * وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية لان في حكم الوصية ما في البطن لشخص على حدة يجوز (٢٧١) اقراره بالوصية فجاز استثناؤه والله أعلم

(فصل في جنس مسائل لا يصح فيها الشرط) ذكر ابن رستم رحمه الله تعالى في النوادر رجل قال لآخر أعرني جوالقك أو ثوبك على انه ان ضاع فانا ضامن لك قال يلغو هذا الشرط ولا يكون ضامنا * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في النوادر رجل دفع زجاجة الى رجل يقطعها بأجر فقال له ضمان عليك ان كسرتها فكسرها قال ان كان مثلها ربما يسلم وربما لا يسلم يكون ضامنا وان كان لا يسلم لا يضمن و يبطل الشرط * ومنها رجل استأجر دابة فقال له صاحبها لا تؤاجرها كان له أن يؤاجرها * ولو رهن عند انسان فقال المرتهن للراهن آخذه على انه ان ضاع ضاع بغير شيء فقال الراهن نعم فالرهن جائز والشرط باطل ان ضاع ضاع بالمال * وعن محمد رحمه الله تعالى رجل دفع الى قصار ثوبا ليقصره فقال له لا تنفع من [illegible] حتى تفرغ عنه كي تضيعه فليس ذلك بشيء ولا يضمن * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل رهن عند انسان عبدا بألف درهم وقيمته [illegible] على ان المرتهن يضمن الفضل اذا هلك المرتهن أو اشترط المرتهن أنه لو مات العبد لا يبطل دينه كان الرهن فاسدا * وعن محمد رحمه الله [illegible] امام اذا أودع غنيمة في دار الحرب وشرط على المودع أنه لو استهلكها يضمن لا يبطل هذا الشرط ولو استهلكها لا يضمن * وذكر [illegible] رجل آجر دارا وأمر المستأجر أن ينفق الاجر على الدار وشرط أن يكون مقبول القول في الانفاق كان الشرط باطلا ولا يقبل قوله [illegible] وهذا يأتي في كتاب الوديعة والعارية ان شاء الله تعالى * الشيوع الطارئ لا يبطل الهبة الا رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى * مريض وهب دارا لانسان والدار لا تخرج من ثلث ماله ولم يجز الوارث هبته فان الهبة تنتقض في الثلثين وتبقى في الثلث * ولو اشترى رجل دارا وهو شفيعها وقبضها ووهبها ولها شفيع آخر ثم ان الشفيع الثاني أخذ نصف الدار بالشفعة بطلت الهبة في الباقي لان الشفيع الثاني

له أمر رجلا ليعوض الواهب عن هبته من مال نفسه ففعل جاز ولا يرجع على الآمر الا اذا قال له الآمر على أن ترجع بذلك علي فحينئذ يرجع وكذا لو قال كفر عن يميني بطعامك أو أد زكاة مالي بمال نفسك أو أحجج عني رجلا بكذا أو أعتق عني عبدا عن ظهاري كذا في فتاوى قاضيخان * اذا قال الرجل لغيره هب لي ألفا على ان فلانا ضامن لها وفلان حاضر فقال نعم ثم وهبه المأمور ألف درهم فالهبة من الضامن ويكون المال قرضا للدافع على الضامن كذا في الذخيرة * قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع رجل له على رجل ألف درهم دين فأمر الغريم رجلا أن يقضي صاحب المال ماله فقال المأمور قد قضيت صاحب المال ماله فانا أرجع عليك فصدقه الغريم في ذلك وقال صاحب المال ما قضيت شيئا فالقول قول صاحب المال مع يمينه ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء وان صدقه الآمر وكذلك لو كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه فقال الكفيل بعد ذلك قضيت صاحب المال ماله وصدقه المكفول عنه بذلك وكذبه صاحب المال وحلف وأخذ ماله من المكفول عنه لم يرجع الكفيل على المكفول عنه ولو ان الآمر جحد القضاء [illegible] فأقام المأمور بينة انه قضاه صاحب المال رجع المأمور على الآمر وتقبل هذه البينة على الطالب أيضا وان كان الطالب غائبا ولو أن الآمر قال للمأمور ان لفلان علي ألفا فبعه عبدك بها كان هذا جائزا فان باعه العبد بها ثم اختلفا فقال صاحب المال باعني الا اني لم أقبض العبد حتى هلك في يده وقال الآمر والبائع لا بل قبضته فالقول قول صاحب المال مع يمينه فاذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض وذلك يوجب انفساخ العقد من الاصل فيبطل به حكم المقاصة وكان لصاحب المال أن يرجع على غريمه وهو الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر وان صدقه وان جحد الآمر قبض الطالب فأقام المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب قبلت بينته و يكون هذا قضاء على الغائب ولو كان الآمر قال له صالح فلانا من الالف التي له علي على عبدك هذا فصالحه فقال الطالب لم أقبض فهذا والاول سواء الا أن صاحب العبد يرجع على الآمر بقيمة العبد وفي فصل البيع يرجع بالدين كذا في المحيط * واذا ادعى على رجل أنه كفل بنفس رجل بألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد بذلك شاهدان و[illegible] أن المكفول عنه أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول عنه ينكران المال والامر فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به غدا فأخذ بالمال وأداه فان الكفيل يرجع بذلك على المكفول عنه وان كان في زعمه أنه لا رجوع له على الاصيل وان لم تكن بينهما كفالة لان القاضي كذبه في ذلك كذا في الظهيرية * أودعه ألفا أو عبدا وأذن المودع للمودع أن يقضي بألف الوديعة دينه أو يصالح غريمه من دينه على العبد فقال فعلت وكذبه غريمه وأخذ حقه من المديون بعدما حلف ضمن المديون الوديعة ولو أذن رب العبد لغريمه أن يبيعه بدينه فقال بعت وسلمت وكذبه رب الدين وحلف عليه فان المودع لا يرجع على المديون كذا في الكافي * واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال المديون لرجل ادفع الى هذا الرجل ألف درهم ينقضها من الالف التي له علي اني ضامن لك فقال المأمور دفعت وصدقه الآمر بذلك وكذبه الطالب كان القول قول الطالب ويرجع المأمور على الآمر بالالف ولو كان المديون قال له ادفع الى فلان ألف درهم قضاء عما له علي اني ضامن بما تدفع فقال المأمور دفعت وصدقه الآمر بذلك وكذبه الطالب وحلف ورجع على الغريم بدينه لم يرجع المأمور على الغريم ولو جحد الآمر والطالب الدفع وأقام المأمور بينة على الدفع والقضاء فان المأمور يرجع على الآمر بما دفع ويرجع الطالب على الآمر بدينه في المسئلة الاولى وفي المسئلة الثانية برئ الآمر عن دين الطالب كذا في المحيط *

(الفصل الخامس في التعليق والتعجيل) * يصح تعليق الكفالة بالشروط كما لو قال ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي ثم ان كان الشرط ملائما بأن كان شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كقوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا غاب عن البلد يصح وان لم يكن ملائما كقوله ان هبت الريح أو ان جاء المطر أو ان دخل زيد الدار لا يصح والكفالة مما يصح تعليقها بالشرط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق كذا في الكافي * رجل قال لغيره اذا بعت فلانا شيئا فهو علي فباعه شيئا ثم باعه شيئا آخر لزم الكفيل المال الاول دون الثاني كذا في فتاوى قاضيخان * اذا قال الرجل لغيره بايع فلانا فما بايعت من شيء فهو علي فهذا جائز استحسانا فاذا باعه شيئا أي جنس باعه وبأي قدر باعه لزم الكفيل ذلك فان جحد الكفيل وقال لم تبع شيئا وقال الطالب بعته متاعا بألف درهم وقبضه مني وصدقه المكفول عنه هل يلزم الكفيل هذا المال فهذا على وجهين * الاول أن يكون المتاع الذي ادعى انه باعه قائما في يده أو في يد المشتري وفي هذا القياس أن لا يلزم الكفيل شيء وهكذا روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي الاستحسان يلزمه ويثبت في حقه * الوجه الثاني أن يكون المتاع هالكا وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء ما لم يقم الطالب البينة على البيع قياسا واستحسانا ولو قال الكفيل بعته بخمسمائة وقال الطالب بعته بألف وأقر المكفول عنه بذلك فانه يؤاخذ الكفيل بألف درهم وهذا على جواب الاستحسان ولو قال ما بايعته اليوم فهو علي فباعه مبيعين اليوم لزم الكفيل المالان جميعا وكذلك اذا قال كلما بعته ولو قال ان بعته متاعا أو اذا بعته متاعا فانا ضامن لثمنه فباعه متاعا نصفين كل نصف بخمسمائة أحدهما قبل الآخر لزم الكفيل الاول دون الثاني ولو قال ما بعته من زطي فهو علي فباع ثيابا هروية أو كر حنطة لا يلزم الكفيل شيء كذا في المحيط * رجل قال

وخلّى بينه و بين المتاع ثم وهب الدار صحت الهبة * ولو وهب الدار وفيها متاع الواهب فسلم الدار عما فيها ثم وهب المتاع جازت الهبة في المتاع دون الدار لانه حين سلم الدار أولا لم يحكم الهبة لم يصح تسليمه فاذا وهب المتاع بعد ذلك كانت الدار مشغولة بمتاع الواهب فصحت في المتاع * ولو وهب المتاع أولا وسلم الدار مع المتاع ثم وهب الدار صحت الهبة فيهما جميعا * رجل وهب دارا لرجلين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويجوز في قول محمد رحمه الله تعالى ولو تصدق بدار على فلان مع ما في بطنها والعلم محيط بانه لا ولد في بطنها حين تصدق بالدار لا يجوز * ولو تصدق عليهما وعلى هذا الخائط جازت الصدقة * ولو وهب دارا لابنين له أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل * بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم اليهما جملة فان الهبة جائزة لان في الكبيرين لم يوجد الشيوع لا وقت العقد ولا وقت

القبض * وأما اذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير الاب قابضا حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض * رجل وهب من رجل دارا وسلمه فاستحق نصفها بطلت الهبة في الباقي * ولو وهب دارا في مرضه وليس له مال سوى الدار ثم مات ولم يجز الوارث هبته بقيت الهبة في ثلثها وتبطل في الثلثين * ولو وهب دارا بما فيها من المتاع وسلم ثم استحق المتاع ذكر في الزيادات أن الهبة لا تبطل في الدار * وذكر ابن رستم رحمه الله تعالى ان هذا قول محمد رحمه الله تعالى أما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لو استحق وسادة منها تبطل الهبة في الدار لان موضع الوسادة من الدار لم يقبض * ولو وهب أرضا فيها زرع بزرعها ثم استحق الزرع بطلت الهبة في الارض عند الكل والزرع لا يشبه المتاع ولو وهب سفينة فيها طعام بطعامها ثم استحق الطعام بطلت الهبة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ابن رستم وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى * وقال محمد رحمه الله تعالى لا تبطل الهبة في السفينة لابي يوسف رحمه الله تعالى ان موضع الطعام من السفينة لم يقبض فلم تصح هذه السفينة * ولو وهب لابنه الصغير أرضا فيها زرع للاب أو وهب لابنه دارا والاب ساكن فيها لم تجز الهبة * وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المجرد رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والاب فيها ساكن أوله فيها متاع أو فيها قوم يسكنون بغير أجر جازت الصدقة ويصير الاب قابضا لابنه * ولو كان فيها ساكن بأجر كانت الصدقة باطلة * رجل وهب لرجل جارية واستثنى ما في بطنها فقال على أن يكون الولد لي ذكر في الاصل أن الهبة جائزة وتكون الجارية مع ولدها للموهوب له لانه لو لم يستثن الولد كانت الجارية وولدها للموهوب له ويكون الولد داخلا في الهبة فكان استثناء الولد شرطا باطلا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة * والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد على حيوان بدون الولد في هذا يكون بمنزلة الهبة * والبيع والاجارة والرهن يبطل باستثناء الولد * ولو أعتق ما في بطن

مر رجلا ليعوض الواهب عن هبته من مال نفسه ففعل جاز ولا يرجع على الآمر الا اذا قال له الآمر على أن ترجع بذلك علي فحينئذ يرجع وكذا لو قال كفر عن يميني بطعامك أو أدّ زكاة مالي بمال نفسك أو أحجج عني رجلا بكذا أو أعتق عني عبدا عن ظهاري كذا في فتاوى قاضيخان * اذا قال الرجل لغيره هب لي ألفا على ان فلانا ضامن لها وفلان حاضر فقال نعم ثم وهبه المأمور ألف درهم والهبة من الضامن و يكون المال قرضا للدافع على الضامن كذا في الذخيرة * قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع رجل له عن رجل ألف درهم دين فأمر الغريم رجلا أن يقضي صاحب المال ماله فقال المأمور قد قضيت صاحب المال ماله فأنا أرجع عليك فصدقه الغريم في ذلك وقال صاحب المال ما قضيت شيأ فالقول قول صاحب المال مع يمينه ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء وان صدقه الآمر وكذلك لو كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه فقال الكفيل بعد ذلك قضيت صاحب المال ماله وصدقه المكفول عنه بذلك وكذبه صاحب المال وحلف وأخذ ماله من المكفول عنه لم يرجع الكفيل على المكفول عنه ولو ان الآمر جحد القضاء ايضا فأقام المأمور بينة انه قضاه صاحب المال رجع المأمور على الآمر وتقبل هذه البينة على الطالب أيضا وان كان الطالب غائبا ولو أن الآمر قال للمأمور ان لفلان علي ألفا فبعه عبدك بها كان هذا جائزا فان باعه العبد بها ثم اختلفا فقال صاحب المال باعني الا أني لم أقبض العبد حتى هلك في يده وقال الآمر والبائع لا بل قبضته فالقول قول صاحب المال مع يمينه فاذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض وذلك يوجب انفساخ العقد من الاصل فيبطل به حكم المقاصة وكان لصاحب المال أن يرجع على غريمه وهو الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر وان صدقه وان جحد الآمر قبض الطالب فأقام المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب قبلت بينته ويكون هذا قضاء على الغائب ولو كان الآمر قال له ضمنت فلانا من الالف التي له علي على عبدك هذا فصالحه فقال الطالب لم أقبض فهذا والاول سواء الا أن صاحب العبد يرجع على الآمر بقيمة العبد وفي فصل البيع يرجع بالدين كذا في المحيط * واذا ادعى على رجل أنه كفل بنفس رجل بألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول عنه أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول عنه ينكران المال والامر فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به غدا فأخذ بالمال وأداه فان الكفيل يرجع بذلك على المكفول عنه وان كان في زعمه أنه لا رجوع له على الاصيل وان لم تكن بينهما كفالة الا أن القاضي كذبه في ذلك كذا في الظهيرية * أودعه ألفا أو عبدا وأذن المودع للمودع أن يقضي بألف الوديعة دينه أو يصالح غريمه من دينه على العبد فقال فعلت وكذبه غريمه وأخذ حقه من المديون بعدما حلف ضمن المديون الوديعة ولو أذن رب الدين

جارية ثم وهب الجارية جازت الهبة في الام * وذكر في عتاق الاصل لو دبر ما في بطنها ثم وهب الام لم يجز قيل فيهما روايتان في رواية لا تجوز الهبة في الاعتاق والتدبير جميعا * وقيل جازت الهبة فيهما والصحيح هو الفرق بين الاعتاق والتدبير في الاعتاق تجوز الهبة وفي التدبير لا تجوز لان التدبير لا يزيل الجارية عن ملكه فيكون الموهوب متصلا بغير الهبة من ملك الواهب والاعتاق يزيل الملك فلا يصير الموهوب بعد الاعتاق متصلا بغير الهبة فيجوز كما لو وهب لرجل دارا فيها ابن الواهب فصار استثناء الولد على ثلاثة أقسام * في قسم استثناء الولد يفسد التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان استثناء الولد بمنزلة شرط فاسد وهذه التصرفات لا تحتمل الشرط الفاسد * وفي قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء وهو النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان الشرط الفاسد لا يفسد هذه العقود * وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية لان في حكم الوصية ما في البطن لشخص على حدة يجوز

اقراره بالوصية فجاز استثناؤه والله أعلم

(فصل في جنس مسائل لا يصح فيها الشرط) ذكر ابن رستم رحمه الله تعالى في النوادر رجل قال لآخر أعرني جوالقك أو ثوبك على انه ان ضاع فأنا ضامن لك قال يلغو هذا الشرط ولا يكون ضامنا * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في النوادر رجل دفع زجاجة الى رجل يقطعها بأجر فقال له ضمان عليك ان كسرتها فكسرها قال ان كان مثلها ربما يسلم وربما لا يسلم يكون ضامنا وان كان لا يسلم لا يضمن ويبطل الشرط * ومنها رجل استأجر دابة فقال له صاحبها لا تؤاجرها كان له أن يؤاجرها * ولو رهن عند انسان فقال المرتهن للراهن آخذه على انه ان ضاع ضاع بغير شيء فقال الراهن نعم فالرهن جائز والشرط باطل ان ضاع ضاع بالمال * وعن محمد رحمه الله تعالى رجل دفع الى قصار ثوبا ليقصره فقال له لا تضع من يدك حتى تفرغ عنه كي نعمنه فليس ذلك بشيء ولا يضمن * وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل رهن عند انسان عبدا بألف درهم وقيمته كذلك على أن المرتهن يضمن الفضل اذا هلك المرتهن أو اشترط المرتهن أنه لو مات العبد لا يبطل دينه كان الرهن فاسدا * وعن محمد رحمه الله تعالى في السير الامام اذا أودع غنيمة في دار الحرب وشرط على المودع أنه لو استهلكها يضمن لا يصح هذا الشرط ولو استهلكها لا يضمن * وذكر في الحيل رجل آجر دارا وأمر المستأجر أن ينفق الاجر على الدار وشرط أن يكون مقبول القول في الانفاق كان الشرط باطلا ولا يقبل قوله وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوديعة والعارية ان شاء الله تعالى * الشيوع الطارئ لا يبطل الهبة الا رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى * مريض وهب داره لانسان والدار لا تخرج من ثلث ماله ولم يجز الوارث هبته فان الهبة تنقض في الثلثين وتبقى في الثلث * ولو اشترى رجل دارا وهو شفيعها وقبضها ووهبها ولها شفيع آخر ثم ان الشفيع الثاني أخذ نصف الدار بالشفعة بطلت الهبة في الباقي لان الشفيع الثاني

غريمه أن يبيعه بدينه فقال بعت وسلمت وكذبه رب الدين وحلف عليه فان المودع لا يرجع على المديون كذا في الكافي * واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال المديون لرجل ادفع الى هذا الرجل ألف درهم بنفسه امن الالف التي له علي اني ضامن لك فقال المأمور دفعت وصدقه الآمر بذلك وكذبه الطالب كان القول قول الطالب ويرجع المأمور على الآمر بالالف ولو كان المديون قال له ادفع الى فلان ألف درهم قضاء لماله علي اني ضامن بما تدفع فقال المأمور دفعت وصدقه الآمر بذلك وكذبه الطالب وحلف ورجع على الغريم بدينه لم يرجع المأمور على الغريم ولو جحد الآمر والطالب الدفع وأقام المأمور بينة على الدفع وقضى القاضي بذلك فان المأمور يرجع على الآمر بما دفع ويرجع الطالب على الآمر بدينه في المسئلة الاولى وفي المسئلة الثانية برئ الآمر عن دين الطالب كذا في المحيط *

(الفصل الخامس في التعليق والتعجيل) * يصح تعليق الكفالة بالشروط كما لو قال ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي أو ما غصبك فلان فعلي ثم ان كان الشرط ملائما بأن كان شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كقوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا غاب عن البلد يصح وان لم يكن ملائما كقوله ان هبت الريح أو ان جاء المطر أو ان دخل زيد الدار لا يصح ولكنه مما يصح تعليقها بالشرط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق كذا في الكافي * رجل قال لغيره اذا بعت فلانا شيأ فهو علي فباعه شيأ ثم باعه شيأ آخر لزم الكفيل المال الاول دون الثاني كذا في فتاوى قاضيخان * اذا قال الرجل لغيره بايع فلانا فما بايعت من شيء فهو علي فهذا جائز استحسانا فاذا باعه شيأ بأي جنس باعه وبأي قدر باعه لزم الكفيل ذلك فان جحد الكفيل وقال لم تبع شيأ وقال الطالب بعته متاعا بألف درهم وقبضه مني وصدقه المكفول عنه هل يلزم الكفيل هذا المال فهذا على وجهين * الاول أن يكون المتاع الذي ادعى انه باعه قائما في يده أو في يد المشتري وفي هذا القياس أن لا يلزم الكفيل شيء وهكذا روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي الاستحسان يلزمه ويثبت في حقه * الوجه الثاني أن يكون المتاع هالكا وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء ما لم يقم الطالب البينة على البيع قياسا واستحسانا ولو قال الكفيل بعته بخمسمائة وقال الطالب بعته بألف وأقر المكفول عنه بذلك فانه يؤاخذ الكفيل بألف درهم وهذا على جواب الاستحسان ولو قال ما بايعته اليوم فهو علي فباعه المبيعين اليوم لزم الكفيل المالان جميعا وكذلك اذا قال كلما بعته ولو قال ان بعته متاعا أو اذا بعته متاعا فأنا ضامن لثمنه فباعه متاعا نصفين كل نصف بخمسمائة أحدهما قبل الآخر لزم الكفيل الاول دون الثاني ولو قال ما بعته من زطي فهو علي فباع ثيابا هروية أو كرّ حنطة لا يلزم الكفيل شيء كذا في المحيط * رجل قال

أخذ الشفعة بحق سابق على الهبة فيكون الشيوع مقارنا للهبة * أما في فصل المريض الشيوع مقصور على الحال لم يكن للوارث حق الفسخ في حياة المورث وانما يثبت ذلك بعد موته فانما يبطل الملك في الثلثين عند القبض لا قبله * ألا ترى أن الهبة لو كانت جارية فوطئها الموهوب له ثم انتقضت الهبة برد الورثة أو برجوع الواهب في الهبة لا يلزمه العقر * رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين الدين للوارث أو المديون صح سواء كانت التركة مستغرقة أو لم تكن فلو أن الوارث رد الهبة صح رده في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وتبطل الهبة * وقال محمد رحمه الله تعالى لا تصح * وقيل لا خلاف بينهما في صحة رده عندهما انما الخلاف بينهما فيما اذا وهب الدين من الميت فرد الوارث فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يصح وعند محمد رحمه الله تعالى لا يصح * رجل له على عبد انسان دين فوهب صاحب الدين الدين من مولاه فرد المولى الهبة * ولو أن المولى رد هبته قيل هو على (٣٧٣) هذا الخلاف عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يصح رده سواء كان على العبد دين محيط أو لم يكن * وقيل يصح رده عند الكل وهو الصحيح * مريض وهب شيأ ولم يسلم حتى مات بطلت هبته لان هبة المريض هبة حقيقة وان كانت وصية حتى يعتبر فيها الثلث والثلثان فلا تتم بدون القبض * رجل جعل داره مسجدا ثم استحق شيء منه خرج الباقي من أن يكون مسجدا لان المستحق استحق البعض بحق سابق فكان شيوعا مقارنا فيبطل والله أعلم

فصل في الرجوع في الهبة

للواهب أن يرجع في هبته من غير المحارم ما لم يعوض أو ازدادت الهبة في بدنها أو زيادة السعر لا تمنع الرجوع * ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع في الام في الحال * وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يرجع فيها حتى يستغني الولد عنها ثم يرجع في الام دون الولد * ولو ازدادت الهبة في بدنها ثم ذهبت الزيادة كان للواهب أن يرجع في هبته * ولو خرجت الهبة عن ملك الموهوب له الى غيره أو هلكت لا يرجع الواهب * وكذا لو هلك الواهب أو الموهوب له * ولو ادعى الموهوب له الهلاك كان القول قوله من غير يمين * ولا يرجع في الهبة من المحارم بالقرابة كالآباء والامهات وان علوا والاولاد وان سفلوا وأولاد البنين وأولاد البنات في ذلك سواء * وكذا الاخوة والاخوات والاعمام والعمات * والمحرمية بالسبب لا بالقرابة لا تمنع الرجوع كالآباء والامهات والاخوة والاخوات من الرضاع وكذا المحرمية بالمصاهرة كامهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات * اذا وهب العبد المديون من صاحب دينه بطل دينه * وكذا لو كان على العبد جناية خطأ فوهبه لولي الجناية بطلت الجناية ويكون للواهب أن يرجع في هبته استحسانا فان رجع مولى العبد في هبة العبد لا يعود الدين والجناية في قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى * وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والمعلى عن أبي يوسف وهشام عن محمد رحمهم الله تعالى * وفي الاستحسان يصح رجوعه

لآخر بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فهو علي أو قال ان هلك عبدك هذا فأنا ضامن به لا تصح هذه الكفالة كذا في فتاوى قاضيخان * ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو علي فباعه غير واحد لا يلزم الكفيل شيء * روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل قال لغيره بع خادمك فلانا هذا بالف درهم على أني ضامن لهذا الالف فباعه بألفين لم يضمن الكفيل الا ألفا ولو باعه اياه بخمسمائة ضمن خمسمائة ولو باع نصفها بخمسمائة ضمن خمسمائة كذا في المحيط * وفي الفتاوى العتابية ولو قال ما داينته فهو علي القرض والمبايعة ولو رجع عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عن المبايعة معه لم يضمن كذا في التتارخانية * ولو قال ما أقرضته اليوم فهو علي فباعه متاعا لا يلزم الكفيل ثمنه كذا في المحيط * ان قال تكفلت بما عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل وان لم تقم البينة فالقول للكفيل مع يمينه في قدر ما أقر وان أقر المكفول عنه بأكثر منه لم يصدق على كفيله ويصدق في حق نفسه كذا في الكافي * رجل كفل في صحته فقال ما أقر به فلان لفلان فهو علي ثم مرض الكفيل وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض جميع ذلك في جميع ماله وكذا لو أقر المكفول عنه بذلك بعد ما مات الكفيل لزم الكفيل ويخاصم المكفول له غرماء الكفيل كذا في فتاوى قاضيخان * ان قال ما بايعت على فلان فهو علي أو ما ثبت أو ما قضي عليه فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل الا في قوله ما قضي عليه يلزمه الآن بقضي القاضي ولو قال ما لك أو ما أقر لك به أمس فقال المطلوب أقررت له بالف لم يلزم الكفيل وان قال ما أقر فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر له ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل كذا في غاية البيان شرح الهداية * رجل قال لآخر ما ذاب لك على فلان فهو علي ورضي به الطالب فقال المطلوب للطالب علي ألف وقال الطالب لي عليه ألف درهم وقال الكفيل ما لك على المطلوب شيء ذكر في الاصل أن القول قول المطلوب ويجب الالف على الكفيل كذا في فتاوى قاضيخان * لو كفل بأمره بما ذاب عليه فقضي عليه بعد موت الكفيل أخذ من تركته وضرب الطالب مع غرمائه ان كان الاصيل ميتا وما أخذ وارث الطالب من تركة الاصيل يضرب فيه الطالب بما بقي من دينه وان شاء الطالب ضرب في تركة الاصيل مع غرمائه ثم يرجع بما بقي في تركة الكفيل كذا في التتارخانية نقلا عن العتابية * ولو أن رجلا كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهنا ولم يشترط ذلك على الطالب ثم ان المكفول عنه أبى أن يدفع العبد كان له ذلك ولا يتخير الكفيل بين أن يمضي في الكفالة وبين أن يفسخ وان لم يسلم له شرطا لان هذا الشرط جرى بين الكفيل وبين المكفول عنه ولم يجر بينه وبين الطالب فلو ثبت له الخيار اذا لم يسلم له شرطه ثبت

وهب الامة من زوجها بطل النكاح فان رجع في الهبة بعد ذلك صح رجوعه ولا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا رجع المولى في الهبة يعود الدين والجناية وأبو يوسف رحمه الله تعالى استفحش قول محمد رحمه الله تعالى وقال لو كان على العبد دين لصغير فوهب المولى عبده من الصغير فقبل الوصي وقبض يسقط الدين وان رجع الواهب في الهبة بعد ذلك ولم يعد الدين كان قبول الوصي الهبة تصرفا ضارا على الصغير وانه لا يملك ذلك * وأما مسئلة النكاح ففيها روايتان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رواية اذا رجع الواهب يعود النكاح * رجل وهب شيأ من ذي الرحم المحرم وأحدهما مستأمن والآخر كافر لا يرجع الواهب في الهبة لان المانع من الرجوع القرابة * الموهوب له اذا علم الموهوب القرآن أو الكتابة أو كانت أعجمية فعلمها الكلام ونحو ذلك من الحرف لا يرجع الواهب في الهبة لحدوث الزيادة في العين وعلى قول زفر (٣٧٣) رحمه الله تعالى تعليم الحرف وما شبه ذلك لا يمنع الرجوع في الهبة * وعن محمد رحمه الله تعالى في المنتقى انه لا يبطل حق الواهب في الرجوع كما هو قول زفر رحمه الله تعالى وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان * ولو وهب عبدا كافرا فأسلم عند الموهوب له لا يكون للواهب أن يرجع في الهبة لان الاسلام زيادة * ولو وهب شيأ له حمل ومؤنة ببغداد فحمله الموهوب له الى بلدة أخرى لا يكون للواهب أن يرجع في الهبة * قيل هذا اذا كانت قيمة الهبة في المكان الذي انتقل اليه أكثر وان استوى قيمتها في المكانين كان للواهب أن يرجع في هبته * ولو وهب جارية في دار الحرب فأخرجها الموهوب له الى دار الاسلام ليس للواهب أن يرجع في هبته * رجل وهب ثوبا فقصره الموهوب له لا يرجع الواهب في الهبة بخلاف ما لو غسله لان القصارة زيادة بخلاف الغسل * وفي الاملاء اذا غسله أو قصره له أن يرجع في قول محمد رحمه الله تعالى * وفي ... اصفر فعنده لا يرجع اذا كان يزيد ذلك في الثمن * رجل وهب لآخر دراهم وسلمها الى الموهوب له ثم ان الواهب استقرضها من الموهوب له فأقرضها ولا يكون للواهب أن يرجع في الهبة أبدا لانها صارت مستهلكة ودينا على الواهب * رجل وهب ترابا فبله الموهوب له بالماء لا يبطل حق الواهب في الرجوع لان اسم التراب قد زال وصار شيأ آخر * بخلاف ما اذا وهب سويقا فبله الموهوب له بالماء فانه لا يبطل حق الواهب في الرجوع لان اسم السويق لا يبطل ولم يحدث فيه زيادة بل حدث فيه نقصان فلا يبطل حق الواهب في الرجوع كما لو وهب حنطة فبلها الموهوب له بالماء * رجل وهب عبدا فقطعت يده عند الموهوب له فأخذ الموهوب له ارش اليد كان للواهب أن يرجع في الهبة فيأخذ العبد ولا يأخذ الارش في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى * رجل وهب لرجل ثوبا فدفعه اليه ثم اختلسه منه فاستهلكه

هذا الخيار من جهة المكفول عنه والمكفول عنه ليس له هذا الخيار بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب بأن قال للطالب أكفل لك بهذا المال على أن يعطيني المطلوب بهذا المال عبده هذا رهنا فكفل على هذا الشرط فأبى المطلوب أن يعطيه الرهن فان الكفيل يتخير بين أن يمضي في الكفالة وبين أن يفسخها الآن فلذا ثبت له الخيار من جانب الطالب وللطالب هذا الخيار فان له أن يبرئه فيفسخ الكفالة وله أن لا يبرئه فيبقي الكفالة فجاز أن يثبت للكفيل هذا الخيار من جهته وكذلك لو قال للطالب أكفل لك بهذا المال على أن يعطيني المطلوب عبده هذا رهنا فان لم يعط فأنا بريء من المال وكفل بهذا الشرط فأبى المطلوب أن يعطيه الرهن فانه يبرأ عن الكفالة * اذا قال للطالب أكفل عنك بهذا المال على أن تعطيني كفيلا يتخير الكفيل بين أن يمضي في الكفالة وبين أن يفسخها ولو شرط على الطالب أنه ان لم يعطني كفيلا بالمال فأنا بريء من الكفالة فلم يعطه كفيلا فهو بريء كذا في المحيط * قال محمد رحمه الله تعالى اذا كفل رجل عن رجل بألف درهم على أن يعطيها اياه من وديعة المطلوب عنده فالضمان جائز ويجبر المودع على ايفاء الدين من الوديعة وهذا استحسان فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل كذا في الذخيرة * وكذلك لو أن صاحب الوديعة طلب من المودع أن يضمن الوديعة حتى يدفعها الى فلان قضاء بدينه ففعل كان جائزا وهذه المسئلة والمسئلة الاولى سواء * وفي المنتقى لو أن هذا الضامن رد دراهم الوديعة على صاحبها وأخذها صاحبها منه فالمال على الضامن كذا في المحيط * ولو ضمن له ألف درهم على أن يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان كذا في الذخيرة * قال ولو ضمنها على أن يقضيها من ثمن هذه الدار فباع الدار بعبد لم يلزمه المال ولم يجبر على بيع العبد في الضمان فان باع العبد بعد ذلك بدراهم جبر على أن يقضيه من تلك الدراهم استحسن ذلك كذا في المحيط * ولو ضمن عن رجل مالا على أن يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات العبد قبل أن يبيعه بطل الضمان عن الكفيل وان باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين ألف لم يلزمه من الضمان الا بقدر قيمة العبد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا ضمن على أن يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له فالضمان باطل ولو ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له فالضمان لازم كذا في الذخيرة * رجل ضمن لرجل مائة درهم على أن يعطيه نصفها ههنا ونصفها بالري ولم يوقت فله أن يأخذه حيث شاء وان كان المضمون شيأ له حمل ومؤنة يأخذه حيث ما شرط ... لغيره ضمنت لك ألف درهم على أن لا يؤديها اليك فهو باطل ولو قال على أن لا يؤديها اليك في حياته فهو جائز يؤخذ المال من ميراثه بعد موته كذا في المحيط * ولو كفل بنفسه على أنه ضامن لما سمى عليه في الكوفة وقضى عليه قاض غير قاضيها يلزمه ولو قال ما وجب لك على فلان بحكم فلان

ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لان الرجوع فى الهبة لايكون الا بقضاء أو رضا * وذكر فى المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى رجل وهب جارية وسلمها الى الموهوب له ثم رجع فيها بغير قضاء ولا رضا وأعتقها لم يجز عتقه قال وليس له أن يرجع فيها الا بقضاء أو رضا * ولو تصدق على رجل بشئ ثم استقال من المتصدق عليه فأقاله لم يجز حتى يقبض لانها هبة مستقلة * وكذا اذا وهب لذى رحم وكل شئ لا يفسخه القاضى اذا رفع اليه لو اختصما اليه كان الرجوع فيها بمنزلة الهبة المستقلة وكل شئ يفسخه القاضى لو اختصما اليه فاذا الموهوب له فهلك يهلك من مال الواهب وان لم يقبضه * مريض وهب له عبد ثم رجع الواهب فى الهبة بغير قضاء فرده المريض عليه برضاه جاز ذلك من الثلث فان كان الرد بقضاء يجوز ولا شئ لورثة المريض على الواهب * وكذلك رجل اشترى عبدا وقبضه ثم وهبه لانسان ثم رجع فى الهبة بغير قضاء ثم وجد بالعبد عيبا كان له أن يرده على بائعه جعل الرجوع فى هذا بغير قضاء بمنزلة الرجوع بقضاء القاضى * رجل وهب عبدا فمرض العبد عند الموهوب له فداواه حتى صح كان للواهب أن يرجع فيه * رجل وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة التى سميت بالفارسية كاشانه تنور الخبز كان للواهب أن يرجع فى هبته لان مثل هذا يعد نقصانا ولا يعد زيادة * وكذا لو جعل فيه اريا * ولو وهب عبدا صغيرا فشب فصار رجلا طويلا لا يرجع الواهب فيه لان الزيادة فى البدن تمنع الرجوع وان كانت تنقص القيمة * وكذا لو كان نحيفا فسمن أو كان قبيحا فحسن لا يرجع الواهب * رجل وهب لرجل جارية فأراد الواهب أن يرجع فيها فقال الموهوب له وهبتنيها صغيرة فكبرت وازدادت خيرا وقال الواهب لا بل وهبتها لك كذلك كان القول للواهب وكذا فى كل زيادة متولدة * وأما فى البناء والخياطة ونحوهما كان القول قول الموهوب له * رجل فى يده دار فقال لرجل آخر تصدقت بها على وأذنت لى فى قبضها فقبضتها وقال المتصدق لا بل قبضتها بغير اذنى كان القول للمتصدق * ولو قال الذى فى يده الدار كانت فى يدك فتصدقت على فأجزت وقال المتصدق لا بل كانت فى يدى وقبضتها بغير اذنى كان القول للمتصدق عليه * ولو ادعى رجل عبدا فى يد غيره وزعم أنه كان وهبه للذى فى يده وكان العبد غائبا عنهما فقبضه الموهوب له بغير اذنه وقال الموهوب له وهبته لى وقبضته باذنك كان القول قول الموهوب له وان قال الموهوب له حين وهبته لى كان فى منزلك لا بحضرتنا فأمرتنى بقبضه فقبضته لا يصدق * ولو قال المدعى وهبته والدى ولم تقبضه الا بعد موته وقال الموهوب له قبضته فى حياته فان كان العبد فى يد الذى يدعى القبض فى حياته كان القول للوارث * رجل وهب لرجل مصحفا فنقطه الموهوب له باعراب لا يرجع الواهب فى هبته * واذا وهب أحد الزوجين لصاحبه لا يرجع فى الهبة وان انقطع

الحكم فهو على قوم وجب عليه بحكم غيره لا يلزمه وهذا اذا كان كلا القاضيين حنفى المذهب فأما اذا كان المذكور حنفى المذهب يقضى به فاذا شافعى المذهب لا يؤخذ به وفى زماننا لا يصح التعيين كذا فى محيط السرخسى * رجل ادعى على رجل انه غصبه ثوبا فأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه وقال للكفيل ان لم ترده على غدا فعليك من قيمة الثوب عشرة دراهم فقال الكفيل لا بل عشرون درهما فسكت المكفول له قال محمد رحمه الله تعالى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقولنا لا يلزمه الا عشرة دراهم كذا فى فتاوى قاضيخان * رجل له على رجل مائة درهم فجاء انسان وكفل بنفس من عليه المائة على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة التى له عليه صحت الكفالتان ثم اذا لم يواف به غدا يصير كفيلا بالمائة وتبقى الكفالة بالنفس على حالها فان أدى الكفيل المائة بعد ذلك الى الطالب لا يبرأ عن الكفالة بالنفس كذا فى خزانة المفتين * لو كفل بنفس رجل وجاء آخر وكفل بنفس الكفيل على أنه ان لم يواف بنفس الكفيل فى وقت كذا فالمال الذى للطالب على المكفول عنه الاول عليه صحت الكفالة بلا خلاف * اذا كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فالالف التى للطالب على المكفول به على والطالب يدعى على المكفول عنه مائة دينار ولا يدعى عليه الدراهم فلم يواف به غدا لا يجب على الكفيل شئ من المال كذا فى الذخيرة * وفى المنتقى اذا كفل رجل بنفس رجل على ان المكفول بنفسه ان غاب عن الكفيل فهو ضامن لما عليه فغاب المكفول بنفسه الى الكوفة ثم رجع ودفعه الكفيل الى الطالب فلا شئ على الكفيل كذا فى المحيط * رجل كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب عليه ولم يواف به الغد وادعى الطالب عليه ألف درهم وصدقه المطلوب وجحد الكفيل كان القول قول الكفيل مع اليمين على العلم كذا فى فتاوى قاضيخان * ولو أقام الطالب البينة على ذلك ونكل الكفيل لزم الكفيل الالف هكذا فى المحيط * ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه من المال ما أقر به المطلوب ولم يواف به الغد وأقر المطلوب ان له عليه ألف درهم كان الكفيل ضامنا للمال كذا فى فتاوى قاضيخان * والفرق أن فى مسئلة الاقرار الكفالة أضيفت الى ما هو سبب الوجوب من كل وجه وهى جائزة للتعامل أما فى مسئلة الدعوى فالكفالة أضيفت الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه لان الدعوى ان كانت سبب الوجوب فى حق المدعى ليست بسبب الوجوب فى حق المدعى عليه ولا تعامل فى اضافة الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من وجه فيرد الى ما يقتضيه القياس ولا يمكن تعميم هذه الكفالة لو جعلناها مضافة الى مجرد الدعوى فجعلناها مضافة الى دعوى يثبتها الطالب بالحجة حتى تصير سبب الوجوب من كل وجه حتى لا تلغو هذه الاضافة أصلا كذا فى الذخيرة * لو كفل رجل بنفس

النكاح بينهما * ولو وهب لاجنبية ثم تزوجها أو وهبت لاجنبى ثم تزوجت نفسه امنه كان للواهب أن يرجع فى الهبة لان النكاح بعد الهبة لا يمنع الرجوع * ولو وهبت المرأة شيأ لزوجها وادعت انه استكرهها فى الهبة يسمع دعواها * واذا مات الواهب أو الموهوب له بطل حق الرجوع * ولو وهب أحد لقريبه شيأ لا يرجع فى الهبة وان كان أحدهما مسلما والآخر كافرا * ولو وهب لاخيه ولاجنبى عبدا فقبضاه كان له أن يرجع فى نصيب الاجنبى * ولو وهب لاخيه وهو عبد لاجنبى كان له أن يرجع فى الهبة لان الهبة وقعت لمولى الاخ * وان وهب لعبد أخيه كان له أن يرجع فى الهبة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى * وقال صاحباه رحمهما الله تعالى لا يرجع * ولو وهب لعبد هو ذو رحم محرم منه ومولاه أيضا ذو رحم محرم منه بأن كان أخوه لابيه عبد الاخيه لامه ذكر الكرخى عن محمد رحمه الله تعالى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فى الهبة * وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى لا يرجع هو الصحيح لان المقصود من هذه الهبة صلة الرحم فى جانب العبد والمولى جميعا * وكذا لو كان العبد عما للواهب ومولاه خاله فوهب شيأ للعبد قال محمد رحمه الله تعالى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى للواهب أن يرجع فى هبته وقال محمد رحمه الله تعالى وهذا قبيح * اذا وهب لذى الرحم المحرم وهو مكاتب لا يرجع مادام مكاتبا فى قولهم فان عجز ورد فى الرق كان للواهب أن يرجع فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى * وقال محمد رحمه الله تعالى لا يرجع * ولو أدى الكتابة فعتق لا يرجع الواهب فى قولهم * والصدقة اذا تمت بالقبض لا يرجع المتصدق فيها سواء كانت للقريب أو للاجنبى وللواهب أن يرجع فى هبته قبل أن يقبضه الموهوب له سواء كان الموهوب له حاضرا أو غائبا أذن له فى قبضه أو لم يأذن ينفرد الواهب فى الرجوع قبل القبض * وبعد القبض لا يرجع الا بقضاء أو رضا * وللموهوب له أن يتصرف فى الهبة مالم يقض القاضى بالرجوع وينتقض الهبة وبعد ما قضى لا يجوز تصرفه * ولا رجوع فى الصدقة ولا فى الهبة على المحتاج * وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع فى الصدقة على غنى أو فقير استحسانا * رجل وهب دارا وبنى فيها أو جصصها أو طينها أو جعل فيها منزلا أو ارضا فبنى فى طائفة منها بناء أو غرس شجرا فلا رجوع فى شئ من ذلك عندنا * وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى له أن يرجع فى جميع ذلك وهذا اذا كان البناء يعد زيادة وان كان لا يعد زيادة كالآرى فى البيت والتنور فى الكاشانه لا يمنع الرجوع * ولو وهب دارا فهدم الموهوب له بناءها كان له أن يرجع فى الارض * وكذا فى غير الدار اذا استهلك البعض بهدم أو بيع كان له أن يرجع فى الباقى وان كانت الهبة ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر أو خاطه لا يرجع الواهب * ولو قطعه ولم يخطه كان له أن يرجع * ولم يذكر فى الكتاب اذا صبغه

رجل بأنه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافاة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسى اليك من كفالة فلان برئ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره كذا فى البدائع * اذا شرط فى الكفالة ان لم أوافك به غدا فعلى مالك عليه من المال ولم يسم مقدار المال صحت الكفالة الثانية أيضا فاذا لم يواف به غدا ان توافقوا على مقدار من المال أو قامت البينة لزم الكفيل ذلك وان اختلفوا فى مقدار ما على المكفول بنفسه من المال فالقول قول الكفيل لانكاره الزيادة * اذا شرط فى الكفالة بالنفس ان لم أوافك به غدا فعلى مائة درهم ولم يقل فعلى المائة التى عليه فلم يواف به غدا ينظر ان أقر الكفيل ان له عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك يصير كفيلا وهذا ظاهر وان قال الكفيل لم يكن للطالب عليه شئ وكان هذا منى اقرارا للطالب بمائة درهم وقال الطالب كان لى عليه مائة درهم وقد كفلت لى عنه بذلك معلقا بعدم الموافاة فالقياس أن لا يلزم الكفيل شئ ويكون القول قول الكفيل وبه أخذ محمد رحمه الله تعالى وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول وفى الاستحسان لزم الكفيل المال وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأبى يوسف رحمه الله تعالى الآخر كذا فى المحيط * اذا قال ان لم أواف به متى دعاه به فعلى الالف التى له عليه ثم ان الطالب دعاه به فدفعه اليه مكانه فهو برئ من المال قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى معنى قوله دفعه اليه مكانه سلمه فى المجلس الذى دعاه به وقال شيخ الاسلام معناه انه كما دعاه به اشتغل باحضاره وتعاهد أسباب تسليمه حتى دفع اليه كذا فى الذخيرة * رجل قال لآخر ان لم يعطك فلان مالك فهو على فتقاضاه الطالب فلم يعطه المطلوب ساعة تقاضاه لزم الكفيل استحسانا كذا فى فتاوى قاضيخان * اذا قال ان لم أوافك به غدا فعلى مائة درهم سوى المائة التى لك عليه فلم يواف به غدا فهذه المسئلة لا تتأتى على قول محمد رحمه الله تعالى وانما تتأتى على قولهما وقد اختلف المشايخ فيها على قولهما قال بعضهم لا يصير كفيلا عن غريم آخر ولا يلزمه المال أصلا وقال بعضهم يصير كفيلا عن غريم كذا فى المحيط * اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمائة الدرهم التى لك على فلان آخر على فالكفالة الثانية جائزة بالاتفاق ان كان ذلك الرجل شريك المكفول بنفسه فى الدين بأن كان الدين وجب عليهما بسبب واحد وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه وان كان ذلك الرجل أجنبيا عن المكفول بنفسه فالكفالة الثانية جائزة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى حتى لو لم يواف به غدا لزمه المال وعلى قول محمد رحمه الله تعالى الكفالة الثانية باطلة بخلاف ما اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذى لك عليه على فلان وفلان حاضر وقبل فانه يجوز اذا قال ان لم أوافك به غدا فعلى المائة الدرهم التى لك عليه

أسود قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فيه وقال صاحباه رحمهما الله تعالى لا يرجع كما لو صبغه بشيء آخر * وأبو يوسف رحمه الله تعالى كان يقول أولا بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثم رجع وقال ربما ينفق على السواد أكثر مما ينفق على صبغ آخر وقيل هذا اذا كان السواد لا يعد زيادة فان كان يعد زيادة تزداد قيمته بذلك لا يرجع عند الكل * رجل وهب لرجل هبة فقبضها الموهوب له ووهبها لآخر ثم رجع الواهب الثاني في هبته بقضاء أو رضا كان للواهب الاول أن يرجع في هبته لان الرجوع في الهبة فسخ عند الكل فاذا عاد الى الواهب الثاني ملكه عاد بما كان منه لمقابه * وعلى قول زفر رحمه الله تعالى اذا كان الرجوع بغير قضاء لا يجوز للواهب أن يرجع لما عرف * الواهب اذا رجع في هبته في مرض الموهوب له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى ان في القياس

يعتبر من جميع ماله * رجل وهب شجرة وأذن له بقطعها فقطعها وأنفق في القطع كان للواهب أن يرجع فيه * ولو وهب شجرة بأصلها فقطعها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها وفي مكانها من الارض وهو الصحيح لان القطع نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع فلو أنه جعل الشجرة أبوابا أو جذوعا لا يرجع الواهب فيه * روى أنه يرجع في الجذوع كما لو جعلها حطبا فانه يرجع في الحطب * ولو وهب شاة أو بقرة فذبحها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها وان ذبحها عن هدى أو أضحية عند محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى * اذا وهب هبة كان له أن يرجع في بعضها ان شاء * وكذا لو وهب عبدا لرجلين كان له أن يرجع في حصة أحدهما ان شاء * وكذا لو وهب نصف العبد لاحدهما وتصدق بالنصف على الآخر كان له أن يرجع في الهبة دون الصدقة * واذا وهب دارا فرجع في نصفها لا تبطل الهبة في الباقي * ولو اختلف الواهب والموهوب له عند رجوع الواهب فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له كانت صدقة فلا رجوع لك كان القول قول الواهب * رجل وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم ما وهب وسلم الى الموهوب له جاز * رجلان وهبا عبدا لرجل وسلماه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب كان له ذلك لان كل واحد منهما منفرد بهبة نصيبه حكما فينفرد بالرد كما لو انفرد بهبة نصيبه نصا * رجل وهب عبده لرجلين أو رجلان وهبا عبدا لرجلين أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه أو لاجنبي وسلم جاز * وان قال أحدهما لرجل وهبت لك نصيبي من هذا العبد فاقبضه ولم يبين النصيب ولم يعلم الموهوب له نصيبه لا يجوز * رجل وهب نصف عبدين أو نصف ثوبين مختلفين هروي ومروي أو نصف عشرة أثواب مختلفة زطي ومروي ونحو ذلك جاز * وكذا الدواب المختلفة لان اجناس

والطالب يدعي عليه مائة دينار لا مائة درهم فلم يواف به لا يلزمه المال بلا خلاف كذا في الذخيرة * اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذي لفلان على فلان آخر على لا تصح الكفالة الثانية اذ قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذي لفلان آخر على هذا المكفول عنه على لا تصح الكفالة الثانية بلا خلاف هكذا ذكر الشيخ الامام شيخ الاسلام اذا قال ان لم أواف به غدا فأنا كفيل بنفس فلان وسمى رجلا آخر للطالب عليه حق فالكفالة الثانية جائزة حتى انه اذا لم يواف به غدا يصير كفيلا بنفس الثاني كذا في المحيط * رجل كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به في وقت كذا فعليه المال الذي له عليه فتغيب الطالب عند محل الاجل فطلبه الكفيل ولم يدفعه الى الطالب وأشهد على ذلك فالمال لازم على الكفيل وكذا لو شرط على الكفيل مكانا فجاء الكفيل بالمكفول به في ذلك المكان فطلب الطالب ليدفعه اليه فتغيب الطالب كان المال لازما على الكفيل وعلى قول المتأخرين من المشايخ وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا تغيب الطالب يرفع الكفيل الامر الى القاضي لينصب القاضي وكيلا للغائب ويسلم الكفيل الى الوكيل كذا في فتاوى قاضيخان * في الجامع الصغير رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار أو لم يدع المائة الدينار بل ادعى عليه حقا مطلقا أو مالا مطلقا أو دنانير مطلقة ولم يبين قدرها فقال رجل دعه وأنا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلي مائة دينار ورضي به الطالب فلم يواف به غدا فعليه مائة دينار في الوجهين عند أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا ادعى صاحب الحق المائة الدينار وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الذخيرة * واذا كفل بنفس فلان على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي عليه للطالب عليه فمات المكفول به قبل مضي الغد ثم مضى الغد يصير كفيلا بالمال فان مات الكفيل قبل مضي الاجل فان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الى الطالب قبل مضي الاجل لا يلزم الكفيل المال وكذا اذا دفع المكفول بنفسه نفسه الى الطالب من جهة الكفالة قبل انقضاء الاجل لا يلزم الكفيل المال كذا في الظهيرية * وان لم يوافوا به حتى مضى الغد لزم الكفيل المال كذا في الذخيرة * ولو كفل بنفس رجل لرجل على أنه متى طالبه بتسليمه اليه فان لم يسلمه فعليه ماله عليه فمات المكفول بالنفس فطالب الكفيل المكفول له بالتسليم حتى عجز عن التسليم هل يلزمه المال قال رضي الله عنه كان والدي يقول لا رواية لهذه المسئلة وينبغي أن لا يلزمه المال لان المطالبة بالتسليم بعد الموت غير صحيحة فلم يوجد الشرط فلم تتنجز الكفالة بالمال كذا في الظهيرية * قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو قال لرجل أن قتلك فلان فأنا ضامن لديتك وقال المضمون له قد رضيت فهو جائز ولو قال ان نحرك أو قطع يدك أو قتل عبدك أو غصبك فأنا ضامن لقيمته ورضي المضمون له فهو جائز ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك فأنا ضامن لديتك فهو باطل كذا في محيط السرخسي *

والثياب المختلفة والدواب المختلفة من اجناس مختلفة من جملة ما لا يحتمل القسمة فالشيوع فيها لا يمنع جواز الهبة أما الدواب والثياب من نوع واحد من جملة ما يحتمل القسمة فالشيوع فيها يمنع جواز الهبة * رجل وهب لرجل شيأ ثم قال الواهب أسقطت حقي في الرجوع لا يسقط حقه * رجل وهب لرجلين ألف درهم فقال لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى * ويجوز في قول محمد رحمه الله تعالى * وكذا لو قال لاحدهما منها ستمائة وللآخر أربعمائة * وفي المنتقى اذا وهب عبده لمعسر عليه دين صحت الهبة وسقط دينه فان أراد الواهب أن يرجع في هبته كان له ذلك في ظاهر الرواية * وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى انه ليس له ذلك * رجل وكل رجلا بهبة ماله فوهب الوكيل وسلم جاز ويكون التوكيل بالهبة توكيلا بالتسليم * اذا وهب الدين من مديون ليس له أن يرجع فيه لان الدين سقط بالهبة فلا يحتمل العود * الواهب اذا

اشترى الهبة من الموهوب له قالوا لا ينبغي له أن يشتري لان الموهوب له يستحيي عن المماكسة فيصير مشتريا بأقل من قيمته الا الوالد اذا وهب لولده شيأ لان شفقته على ولده تمنعه من الشراء بأقل من قيمته * ومما يمنع الواهب من الرجوع وصول العوض اليه

﴿فصل في العوض﴾

الموهوب له اذا عوض الواهب بعد الهبة وقال هذا عوض هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك أو مكان هبتك أو قال كافأتك أو أثبتك أو تصدقت بها عليك بدلا عن هبتك يكون عوضا لا يبقى للواهب حق الرجوع ولا للمعوض أن يرجع على الواهب في العوض وان لم يقل شيأ من هذه الالفاظ كان لكل واحد منهما الرجوع فيما أعطى * ويشترط شرائط الهبة في العوض بعد الهبة من القبض والافراز لانه تبرع * ويجوز تعويض الاجنبي كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره ولا يبقى للواهب حق الرجوع في الهبة بعد ذلك ولا للاجنبي أن يرجع في العوض * وليس للاجنبي المعوض أن يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره أو بغير أمره الا أن يقول الموهوب له عوض فلانا عني على أني ضامن وهو كما لو قال لغيره أطعم عن كفارة يميني أو قال أد زكاة مالي أو قال هب فلانا عن عبدك هذا عني فان المأمور لا يرجع على الآمر الا أن يقول له الآمر على أني ضامن بخلاف ما لو قال لغيره اقض ديني لفلان فقضاه كان للمأمور أن يرجع على الآمر وان لم يقل على اني ضامن * وموضع هذه المسائل هبة الاصل * ولو أن الموهوب له تصدق على الواهب أو نحله أو أعمره وقال هذا عوض هبتك وسلم جاز ويكون عوضا * اذا وجد الواهب في العوض عيبا لم يكن له أن يرجع في شيء من الهبة كان العيب فاحشا أو لم يكن * رجل وهب عبدا لرجلين فعوضه أحدهما عن حصته كان للواهب أن يرجع في حصة الآخر

اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فهو وكيل بخصومته ضامن لما ذاب عليه ورضي به المطلوب فذلك جائز كله فان وافى به في الغد فهو بريء من ذلك كله وان لم يواف به في الغد صار كفيلا بالمال ووكيلا بالخصومة فان سلم المكفول به بعد ذلك بريء عن الكفالة بالنفس وهل يبرأ عن الوكالة بالخصومة وعن الكفالة بالمال فلا شك أنه لو لم يشترط براءته عنهما متى وافى به أنه لا يبرأ واذا شرط براءته عنهما يبرأ عن الكفالة بالمال ولا يبرأ عن الوكالة بالخصومة ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا ففلان رجل آخر وكيل في خصومته فما قضى به عليه ففلان رجل آخر ضامن له ورضوا به فهذا جائز لانه اتحد الطالب والمطلوب في الكفالتين انما اختلف الكفيل وذلك غير مانع ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فهو وكيل في خصومته ورضي الطالب بذلك ولم يواف به في الغد وهو وكيل بالخصومة فان قضى عليه لزم الكفيل فان قضى الكفيل الطالب حقه فللطالب أن لا يقبل ذلك منه لانه متبرع في الاداء ومتى قبل منه لا يرجع على المطلوب بذلك ولو كفل بنفس رجل الى أجل مسمى على أنه ان لم يواف به فهو ضامن لما ذاب عليه ووكيل في الخصومة ورضي الطالب بذلك فأراد الطالب أن يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس قبل الاجل فليس له ذلك وهذا على ظاهر الرواية وليس له أن يخاصمه قبل مضي الاجل أيضا ولو كفل رجل بنفس رجل وجعل المكفول به وكيلا بالخصومة ضامنا لما ذاب عليه ورضي الكفيل بذلك ثم مات الكفيل فلا خصومة بين الطالب وبين ورثة الكفيل فان وجد الطالب المكفول به وخاصمه الى القاضي فقضى له وعليه بشيء كان في مال الكفيل ولكن لابد من خصومة الطالب مع المطلوب في اثبات حقه بالحجة وقضاء القاضي بذلك ويكون بعد ذلك بالخيار ان شاء اتبع المطلوب وان شاء اتبع تركة الكفيل فان اختار اتباع المطلوب وأدى المطلوب المال فالمطلوب لا يرجع بما أدى على أحد وان اختار اتباع تركة الكفيل وأدوا رجعوا بما أدوا على المطلوب كذا في المحيط * لو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو علي فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل كذا في الفصول العمادية * اذا قال المطلوب للطالب ان لم أوافك بنفسي غدا فعلي المال الذي تدعي فلم يواف لا يلزمه شيء * ذكر شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير في كتاب الصلح رجل قال لغيره اسلك هذا الطريق فان أخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ ماله كان الضمان صحيحا والمضمون عنه مجهول ومع هذا جوز الضمان ولو قال له ان أكل ابنك سبع وافترسك سبع فأنا ضامن لا يصح كذا في الفصول الاستروشنية * رجل كفل عن رجل بدين على أن فلانا أو فلانا يكفل لان عنه بكذا وكذا من هذا المال فأبى الآخران أن يكفلا قال الفقيه أبو بكر البلخي كفالته الاولى لازمة ولا خيار له في ترك الكفالة كذا في فتاوى قاضيخان * لو قال الطالب للمطلوب

ويصح رجوعه فى النصف الشائع * ولو عوّضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لا يكون للواهب أن يرجع فى شىء من العبد لما قلنا ان التعويض يصح من الاجنبى * اذا وهب للصغير هبة فعوّض الاب أو الوصى للواهب من مال الصغير لا يجوز لانه تبرع فاذا بطل التعويض كان للواهب أن يرجع فى هبته وهو كما لو استحق العوض كان للواهب ان يرجع فى الهبة اذا كانت قائمة ولم تزدد خيرا فان استحق نصف العوض لا يرجع الواهب فى شىء من الهبة ويصير كأنه عوّضه الباقى والعوض وان كان يسيرا يبطل حق الواهب فى الرجوع * فان شاء الواهب أن يرد ما بقى من العوض وارجع فى الهبة لم يكن له ذلك * وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى له أن يرد ما بقى من العوض ويرجع فى الهبة ان شاء * وعلى قول زفر رحمه الله تعالى اذا استحق نصف العوض كان للواهب أن يرجع فى نصف الهبة * وعندنا ليس له ذلك لانها ليست بمعاوضة ولهذا يصح التعويض بشىء يسير أو كثير من جنس الهبة أو من غير جنسها وان استحقت الهبة كان للمعوِّض أن يرجع فى العوض وان استحق نصف الهبة كان للمعوِّض أن يرجع فى نصف العوض لانه انما عوّضه لتسلم له الهبة * رجل وهب لرجل ألف درهم فعوّضه الموهوب له درهما من تلك الدراهم لم يكن ذلك عوضا عندنا وكان للواهب أن يرجع فى هبته * وقال زفر رحمه الله تعالى يكون عوضا * وكذا لو كانت الهبة دارا فعوّضه بيتا منها * ولو وهب نصرانى لمسلم هبة فعوّضه المسلم خمرا أو خنزيرا لم يكن عوضا وللنصرانى أن يرجع فى هبته * وكذا الرجل اذا عوّض الواهب شاة مسلوخة ثم ظهر انها ميتة رجع الواهب فى هبته * وكذا العبد المأذون اذا وهب لرجل هبة فعوّضه الموهوب له كان لكل واحد منهما أن يرجع فيما دفع لان هبة العبد باطلة مأذونا كان أو محجورا واذا بطلت الهبة بطل التعويض * وكذا الصغير اذا وهب ماله لرجل فعوّضه الموهوب له لا يصح لانه عوض عن هبة باطلة * رجل وهب لرجل ثوبا لغيره وسلمه اليه فأجازه المالك جازت الهبة من المالك وله أن يرجع فيها ما لم يعوّض أو يكون الموهوب له ذا رحم محرم من المالك * فحقوق الهبة تكون لصاحب الهبة لا للذى باشرها * فلو أن الموهوب له عوّض الذى باشر الهبة أو كان بينهما قرابة فذلك لا يمنع صاحب الهبة عن الرجوع فى الهبة * رجل وهب لرجل ثوبا وخمسة دراهم فسلم الكل اليه ثم عوّضه الثوب أو الدراهم لم يكن عوضا عندنا لان الكل هبة واحدة فلا يكون البعض عوضا * ولو وهب لرجل هبتين مختلفتين يعنى فى عقدين فى مجلس واحد أو مجلسين فعوّضه احداهما عن الاخرى كان عوضا * وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى انه لا يكون عوضا كما لو كان العقد واحدا الا ان ماله لا يكون عوضا عن ماله * ولو كانت احداهما صدقة والاخرى هبة فعوّضه الصدقة عن الهبة كان عوضا * رجل وهب لرجل حنطة فطحن الرجل

أحالنى على فلان بمالى عليك على انك كذلك ضامن ففعل فهو جائز وله أن يأخذ أيهما شاء وهذا بمنزلة الكفالة ولا يبرأ الاصيل لان الحوالة بشرط الضمان على الاصيل تنقلب كفالة كذا فى محيط السرخسى * رجل قال لآخر ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان فرضى الطالب فان أحاله الضامن على فلان فهو جائز وان أبى فلان أن يقبل الحوالة فالضامن ضامن على حاله ان شاء الطالب أخذه وان شاء أخذ الذى عليه الاصل ولو قال ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان الى شهر فهذا على أن يحيله به على فلان متى شاء ويكون على المحتال عليه الى شهر كذا فى المحيط * ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كذا فى التبيين * وجميع الآجال فى ذلك على السواء وهل يثبت الاجل ان كان من الآجال المتعارفة يثبت سواء كان أجلا يتوهم حلوله للحال أو لا يتوهم كما لو كفل بنفس رجل الى أن يقدم المكفول له من سفره وان لم يكن من الآجال المتعارفة ان لم يتوهم حلوله للحال أصلا كما لو كفل الى القطاف أو الى النيروز أو الى الحصاد أو الى الدياس جاز ويثبت الاجل وان كان يتوهم حلوله للحال لا يثبت الاجل كما لو كفل بنفس فلان الى أن تهب الريح أو الى أن تمطر السماء كذا فى الظهيرية * قال محمد رحمه الله تعالى فى الاصل اذا كفل رجل بنفس رجل الى شهر أو الى ثلاثة أيام وما أشبه ذلك فهو جائز واذا صحت الكفالة فانما يطالب الكفيل بعد مضى شهر ولا يطالب به فى الحال فى ظاهر الرواية عن أصحابنا كذا فى المحيط * وفى السراجية وهو الاصح وفى الصغرى وبه يفتى كذا فى التتارخانية * لو قال كفلت بنفس فلان من هذه الساعة الى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال كفلت بنفس فلان شهرا أو قال ثلاثة أيام لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل فى الكتاب وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال بعضهم هذا وما لو قال الى ثلاثة أيام سواء ومنهم من قال ان الكفيل فى هذه الصورة يطالب فى المدة ويبرأ بمضى المدة واليه مال الشيخ الامام عبد الواحد الشيبانى رحمه الله تعالى كذا فى الظهيرية والخانية * روى عن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لغيره كفلت لك بمالك على فلان على أنك متى طلبته فلى أجل شهر فهو جائز فتى طلب منه فله أجل شهر فاذا مضى شهر كان له أن يأخذه متى شاء بالطلب الاول ولو شرط هذا الشرط بعد الكفالة فهو باطل فلا يطالبه متى شاء بالطلب الاول كذا فى محيط السرخسى * وفى المنتقى رجل كفل بنفس رجل على أنه كلما طالبه منه فله أجل شهر فتى طلب منه فله أجل شهر من يوم طلبه واذا مضى شهر من ذلك الوقت فله أن يأخذه متى شاء بالطلب الاول ولا يكون له بالطلب الثانى أجل شهر آخر واذا دفعه اليه ان قال حين دفعه اليه برئت اليك منه فهو برىء منه فيما يستقبل ولو دفعه ولم يبرأ منه فله أن يطالبه منه ثانيا ولا يكون ذلك براءة له فيما يستقبل فاذا دفع اليه مرة ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك فللكفيل

بعضها وعوّضه دقيقا من تلك الحنطة كان عوضا * وكذا لو وهب ثيابا وصبغ ثوبا منها بعصفر أو خاطه قميصا ثم عوّضه كان عوضا * وكذا لو وهب سويقا ولت بعضه ثم عوّضه كان عوضا لانه صار شيئا آخر ولهذا لا يكون للواهب أن يرجع فى الهبة بعدما فعل ذلك فان كانت الهبة بشرط العوض يشترط لها شرائط الهبة فى الابتداء حتى لا يصح فى المشاع الذى يحتمل القسمة ولا يثبت بها الملك قبل القبض ولكل واحد منهما أن يمتنع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لاحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة * ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ما قبض وان استحق ما فى يد أحدهما يرجع على صاحبه بما فى يده ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا * والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء وانتهاء ألا ترى أن المكره على البيع اذا وهب بشرط العوض كان مكرها فيه والمكره على الهبة بشرط العوض اذا باع يكون مكرها والاكراه بأحدهما يكون اكراها بالآخر * رجل وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوّضه ثوبا ان تقابضا جاز وان لم يتقابضا لم يجز والله أعلم

فصل فى هبة الوالد لولده والهبة للصغير

رجل له ابن وابنة أراد أن يهب لهما شيئا ويفضل أحدهما على الآخر فى الهبة أجمعوا على انه لا بأس بتفضيل بعض الاولاد على البعض فى المحبة لان المحبة عمل القلب وذلك غير مقدور قال عليه الصلاة والسلام حين سوى بين النساء فى القسم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما لا أملك * ولو وهب رجل شيئا لاولاده فى الصحة وأراد تفضيل البعض فى ذلك على البعض لا رواية لهذا فى الاصل عن أصحابنا رحمهم الله تعالى روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا بأس به اذا كان التفضيل لزيادة فضل له فى الدين وان كانا سواء يكره وروى المعلى رحمه الله تعالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى انه لا بأس به اذا لم يقصد به الاضرار وان قصد به الاضرار سوى بينهم يعطى للابنة مثل ما يعطى للابن * وقال محمد رحمه الله تعالى يعطى للذكر ضعف ما يعطى للانثى والفتوى على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى * رجل وهب فى صحته كل المال للولد جاز فى القضاء ويكون آثما فيما صنع * رجل قال جعلت هذا الولدى فلان كانت هبة وان قال هذا الشىء لولدى الصغير فلان جاز ويتم من غير قبول كما لو باع ماله من ولده الصغير جاز ولا يحتاج الى القبول * رجل وهب لابنه الصغير دارا هى مشغولة بمتاع الاب قال أبو نصر رحمه الله تعالى جاز ولا يحتاج الى التفريغ لانها مشغولة بمتاع القابض وهو الاب * ولو تصدق على ابنه الصغير بدار والاب ساكن فيها لا يجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى والفتوى لما قلنا فى الهبة * ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير لا يجوز وان باع جاز * رجل اتخذ ثيابا لولده الصغير ثم أراد أن يدفع

آخر أيضا من يوم طلبه منه كذا فى الذخيرة * ولو كان له دين مؤجل على آخر فأخذ منه كفيلا يثبت الاجل فى حق الكفيل مؤجلا ولو كان الدين عليه حالا وكفل به رجل مؤجلا صحت الكفالة وتأخر عنهما جميعا الا أن يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل كذا فى خزانة المفتين * اذا تكفل عن رجل بألف مؤجلة فمات الكفيل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل وان مات الاصيل حل الدين فى حقه وبقى مؤجلا فى حق الكفيل حتى لو اختار المكفول له متابعة الكفيل دون ورثة الاصيل ينتظر حتى يحل الاجل كذا فى سراج الوهاج * واذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة من ثمن مبيع فكفل بها رجل الى سنة فهذا على وجهين ان أضاف الكفيل الاجل الى نفسه بان قال أجلنى يثبت الاجل فى حق الكفيل وحده وان لم يضف الاجل الى نفسه بل ذكره مطلقا ورضى به الطالب يثبت الاجل فى حق الكفيل والاصيل جميعا * ولو كان لرجل على رجل ألف درهم مؤجلة فكفل بها كفيل الى أجل مثل ذلك الاجل أو دونه أو أكثر فهو جائز والمال على الكفيل الى الاجل الذى سمى ولو كان المال حالا على الاصيل فأخر الكفيل والمكفول عنه الى أجل صح التأخير فى حق الكفيل والمكفول عنه ولا يصح فى حق الطالب وان أخر الطالب المطلوب الى أجل صح التأخير فى حق المطلوب والكفيل جميعا واذا أخر الكفيل الى أجل صح التأخير فى حق الكفيل خاصة كذا فى المحيط * ولو رد الكفيل التأخير ارتد كذا فى خزانة المفتين * فان الكفيل فيما اذا أخر الطالب الكفيل خاصة قبل مضى الاجل لا يرجع على الاصيل ما لم يمض الاجل ذكر فى عامة الروايات كذا فى المحيط * ذكر فى المبسوط واذا كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب عن الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان كذا فى النهاية * واذا كفل بالمال رجل فكفل عن الكفيل رجل آخر ثم ان الطالب أخر المال عن الاصيل كان مؤخرا عن الكفيلين ولو أخره عن الكفيل الاول فهو تأخير عن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال كذا فى المحيط * ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم الى سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه ثم استحق العبد فالمال على الكفيل الى اجله وكذا لو رده المشترى بعيب بقضاء وان كان رده بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع لا يعود الاجل ولو لم يبعه الكفيل عبدا ولكن قضاها وعجلها فوجدها ستوقة فردها كان المال على الكفيل الى أجله وكذلك لو وجدها زيوفا أو نبهرجة وردها بقضاء أو بغير قضاء وان كان حين أعطاه المال أعلمه أنها زيوف وقبض مع ذلك فهو جائز كذا فى الذخيرة * واذا كفل رجل عن رجل بمال وباع الاصيل من الطالب عبدا بذلك المال وسلمه اليه حتى برئ الكفيل عن

الى ولد له آخر لم يكن له ذلك لانها لما اتخذت بالولد الاول صار ملكا للاول بحكم العرف فلا يملك الدفع الى غيره الا اذا بين عند اتخاذه للاول انه عارية حينئذ يملكه لان الدفع الى الاول يحتمل الاعارة واذا بين ذلك صح بيانه * وكذا الرجل اذا اتخذ ثيابا لتلميذه فأبق التلميذ بعدما دفع اليه فأراد أن يدفع الى غيره فهو على هذا ان بين وقت الاتخاذ انه عارية يمكنه الدفع الى غيره * رجل جهز ابنته بماله فوجه الابنة مع الجهاز الى زوجها فماتت الابنة فادعى الاب أنه كان عارية وزوجها يدعى الملك اختلفوا فيه * قال بعضهم القول قول الزوج والبينة على الاب وهو قول الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى * وقال بعضهم القول قول الاب لانه هو الدافع والمملك * قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان كان الاب من الكرام والاشراف لا يقبل قول الاب لان مثله يأنف عن الاعارة وان كان من أوساط الناس يكون القول قول الاب (٣٨٠) لانه هو الدافع وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر * امرأة لها مهر على زوجها وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح انه لا تصح هذه الهبة لان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد اذا قبض ولا يجوز للاب أن يهب شيأ من مال ولده الصغير بعوض وغير عوض لانها تبرع ابتداء * ولو وهب أجنبي للصغير هبة فقبض الهبة يكون للاب كان الصغير في عياله أو لم يكن والله أعلم

﴿فصل في قبض الهبة للصغير﴾

اذا وهب أجنبي لصغير هبة فحق قبض الهبة والقبول للاب فان مات الاب أو غاب غيبة منقطعة كان ذلك لوصي الاب لانه بمنزلة الاب وهو أولى من الجد فان لم يكن له وصي ولا أب فحق القبض يكون للجد أبي الاب ثم بعده وصي الجد ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة الا أن يكون الصغير في عياله فان كان الصغير في حجر العم وعياله فوهب للصغير هبة ووصي الاب حاضر فقبض العم قيل لا يجوز قبضه لان الوصي بمنزلة الاب وان قبض الاخ أو العم أو الام والصبي في عيال أجنبي لا يجوز وان قبض الاجنبي الذي الصغير في عياله جاز * ولو كانت الصغيرة في بيت زوجها فوهب أجنبي لها هبة فقبض الزوج جاز وان كان قبض الاب يجوز أيضا وان كانت هي في بيت زوجها * ولو كان الصغير في عيال الجد أو الاخ أو الام أو العم فوهب له هبة فقبض الذي كان الصغير في عياله والاب حاضر اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال بعضهم لا يجوز والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج والاب حاضر * وان كان الصغير يعقل القبض فقبض الهبة جاز قبضه وبيعه القاضي حتى لا يرجع الواهب في الهبة * ولو قبض الملتقط للقيط والقيط في عياله وليس له أحد سواه جاز قبضه * وكذا لو كان الصغير في عيال أجنبي كان لذلك الاجنبي حق القبض

كفالة حكم ببراءة الاصيل ثم استحق العبد من يد الطالب أو رده الطالب بالعيب بقضاء القاضي عاد المال على الكفيل ولو رده بغير قضاء لا يعود المال على الكفيل كذا في المحيط * واذا كفل بالقرض مؤجلا الى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال على الكفيل الى الاجل الذي سماه وعلى الاصيل حال كذا في التتمة * واذا أخر الكفيل والاصيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر في السنة فالآجال اذا اجتمعت افتتحت بمدة واحدة كذا في المحيط * وذكر محمد رحمه الله تعالى في اقرار الاصل في باب الخيار في الكفالة والاقرار بالدين شرط الخيار في الكفالة صحيح * صورة ماذكره محمد رحمه الله تعالى اذا أقر الرجل أنه كفل لفلان بألف درهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام ان صدقه الطالب يثبت الخيار وان جحد الطالب لا يثبت الخيار ما لم يقم البينة عليه كذا في الذخيرة *

(الباب الثالث في الدعوى والخصومة)

رجل كفل عن رجل بألف ثم ادعى الكفيل ان الالف التي كفل بها قمار أو ثمن خمر أو ما أشبه ذلك مما لم يكن واجبا لا يقبل قوله ولو أقام البينة على المكفول له بذلك والمكفول له يجحد لا تقبل بينته ولو أراد أن يحلف الطالب لا يلتفت اليه كذا في فتاوى قاضيخان * ولو أقام الكفيل البينة على اقرار الطالب بذلك لا تقبل البينة كذا في المحيط * ولو كان الكفيل أدى المال الى الطالب وأراد أن يرجع بذلك على المكفول به والطالب غائب فقال المكفول عنه كان المال قمارا أو ثمن ميتة أو ما أشبه ذلك وأراد أن يقيم البينة على الكفيل لا تقبل بينته ويؤمر بأداء المال الى الكفيل ويقال له اطلب خصمك وخاصمه فان حضر الغائب قبل أن يأخذ المال من الكفيل فأقر الطالب عند القاضي أن المال كان ثمن خمر أو ما أشبهه برئ الاصيل والكفيل جميعا فلو أن القاضي أبرأ الكفيل ثم حضر المكفول عنه فأقر أن المال من قرض أو ثمن مبيع وصدقه الطالب لزمه المال ولا يصدقان على الكفيل والحوالة في هذا بمنزلة الكفالة كذا في فتاوى قاضيخان * ثلاثة نفر لكل واحد منهم على رجل ألف غير مشترك بينهم فشهد اثنان منهم للثالث على رجل أنه كفل بنفس المطلوب تقبل وان كان الدين مشتركا بينهما لا تقبل شهادتهما كذا في الكافي * اذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال وجاء بشاهدين شهدا واختلفا في الزمان أو المكان فالقاضي يقبل هذه الشهادة وان اتفقا في الزمان والمكان واختلفا في الاجل وكانت الدعوى في الكفالة بالمال فقال أحدهما كفل به الى شهر وقال الآخر الى شهرين فان كان المدعي يدعي أقرب الاجلين فالقاضي يقبل شهادتهما وان كان يدعي أبعد الاجلين لا يقبل شهادتهما كذا في المحيط * واذا شهد الشاهدان على رجل أنه كفل عن فلان بألف درهم غير أن أحدهما قال الى سنة وقال الآخر هي حالة والطالب يدعي انها حالة وجحد المكفول الكفالة أو أقر بها وادعى الاجل فالمال عليه حال في الوجهين كذا في خزانة المفتين * وان كانت الدعوى في الكفالة بالنفس فشهد أحدهما بأجل شهر والآخر بأجل شهرين ذكر شيخ الاسلام في شرحه هذه المسئلة على التفصيل أيضا ان كان المدعي يدعي أقرب الاجلين قبلت الشهادة وان كان يدعي أبعد الاجلين لا تقبل وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه من غير تفصيل أن هذه الشهادة مقبولة كذا في المحيط * واذا شهد شاهد على الكفالة معاينة وشهد الآخر على اقرار الكفيل بالكفالة قبلت شهادتهما واذا شهد شاهدان على الكفالة بألف درهم واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما انه قال هي الي وقال الآخر انه قال هي علي فالشهادة جائزة كذا في الظهيرية * اذا ادعى على رجل مالا معاينا بسبب كفالته له عن رجل ولم يبين نسب المكفول عنه هل تصح دعواه حكي فتوى شمس الائمة الاوزجندي رحمه الله تعالى انه لا تصح الدعوى وهكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني وذكر محمد رحمه الله تعالى في باب الشهادة في الكفالة ولو شهد شاهدان أن هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل لا نعرفه باسمه ولكنا نعرفه بوجهه فهو جائز ويؤاخذ به الكفيل وكذلك اذا قال لا نعرفه بوجهه أيضا يؤاخذ الكفيل ويقال للكفيل بين فان أحضر الكفيل رجلا وقال المكفول به هذا وصدقه الطالب في ذلك فبها ونعمت وان كذبه يعتبر فيه الدعوى والانكار فهذه المسئلة دليل على أن في دعوى الكفالة لا يشترط تسمية المكفول عنه وذكر نسبه * وقد قيل هذه المسئلة (١) تصلح دليلا لان وضع هذه المسئلة أن الكفالة وقعت عن شخص معين الا أن الشهود لا يعرفونه ولا يذكرون نسبه فتكون هذه الكفالة عن شخص معلوم في نفسه وموضوع ما حكي عن شمس الائمة أن المدعي قال ان هذا الرجل كفل عن رجل فتكون الكفالة عن شخص مجهول في نفسه فلا تصح كذا في الذخيرة * واذا شهد شاهدان على رجل بالكفالة بالنفس غير أن احدهما قال المكفول عنه زيد وقال الآخر المكفول عنه عمرو لا تقبل شهادتهما ادعى الطالب كفالة أحدهما أو كفالتهما * واذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس رجلين وأقام شاهدين فشهدا على كفالة أحدهما واختلفا في الآخر فشهد أحدهما على كفالته وشك الآخر فيه فلا يدري أهو أم غيره فان الكفيل يؤخذ بكفالة الذي أجمعا على كفالته ولا يقضى بكفالة الآخر * ولو شهد شاهدان على رجل انه كفل لابيهما ولفلان بنفس فلان كانت الشهادة باطلة لانهما شهدا بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما في حق أبيهما فبطلت في حق الآخر أيضا * واذا شهد شاهدان على رجل أنه

(١) قوله تصلح دليلا كذا في جميع النسخ ولعل صوابه لا تصلح كما يفيده ما بعده وما قبله تأمل اه مصححه

ان يسلم اللقيط الى غيره في تعليم الاعمال ولا يكون لاجنبي آخر ان يسترده منه

﴿فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج﴾

رجل قال لامرأته قولي وهبت لك مهري فقالت وهي أعجمية لا تحسن العربية قالوا لا تصح هذه الهبة فرقوا بين هذا والطلاق والعتاق * اذا أمر الرجل امرأته أن تقول طلقت نفسي أو قيل لرجل قل طلقت امرأتي أو أعتقت عبدي فقال ذلك وقع الطلاق والعتاق * والفرق ان الرضا شرط جواز الهبة وليس بشرط لوقوع الطلاق والعتاق ولهذا لو طلق مكرها أو أعتق يقع الطلاق والعتاق * ولو أكره على الهبة فوهب لا تصح وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى عندي لا يقع العتاق أيضا اذا كان معروفا بالجهل * ولو قال لعبده أنت حر وهو لا يعلم أن هذا اعتاق عتق في القضاء ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى * امرأة تريد أن تهب مهرها من الزوج ولا تصح هبتها ولا يبرأ زوجها لو تصالح مع امرأة أجنبي من المهر على عرض لتبرئه ولا تنظر الى بدل الصلح حتى تهب مهرها من زوجها (٣٨١) ثم تنظر الى البدل فترده بخيار الرؤية فيعود المهر على الزوج كما كان وتبطل الهبة * رجل مات فوهبت مهرها منه امرأته صحت هبتها وبرئ الزوج لان الدين لا يسقط بالموت وقبول المديون ليس بشرط لجواز الهبة فصحت الهبة * مريضة وهبت مهرها من زوجها ثم ماتت قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى ان كانت عند الهبة تقوم لحاجتها وترجع من غير معين لها على القيام فهي بمنزلة الصحيح تصح هبتها * امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فان لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة وان قبل ذلك في المجلس جازت الهبة ثم ان فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وان لم يفعل فكذلك عند البعض كمن أعتق أمته على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أو لم تتزوج * امرأة قالت لزوجها اتخذ الوليمة وقت الجهاز فانه قد نقص ذلك من مهري قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى الامر كما قالت * رجل منع امرأته المريضة من المصير الى أبويها فقال الزوج ان وهبت لي مهرك بعثتك الى أبويك فوهبت ثم نقلها الى الشهود فوهبت بعض مهرها أو وصت بصدقة البعض على الفقراء أو غير ذلك فمنعها ولم يبعثها الى أبويها * قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى الهبة باطلة لانها بمنزلة المكرهة في الهبة * امرأة قالت لزوجها وهبت مهري ان لم تطلقني فقبل الزوج قال هبتها باطلة قال أبو بكر الاسكاف وأبو القاسم الصفار رحمهما الله تعالى الهبة فاسدة لانها تعليق الهبة بالشرط * وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على أن لا تطلقني فقبل الزوج صحت الهبة بالقبول لان هذا تعليق الهبة بالقبول فاذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل * ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت

الى ولد له آخر لم يكن له ذلك لانه لما اتخذ ثوبا لولده الاول صار ملكا للاول بحكم العرف فلا يملك الدفع الى غيره الا اذا بين عند اتخاذه للاول انه عارية فحينئذ يملكه لان الدفع الى الاول يحتمل الاعارة فاذا بين ذلك صح بيانه * وكذا الرجل اذا أخذ ثيابا لتلميذه فأبق التلميذ بعدما دفعها اليه فأراد أن يدفع الى غيره فهو على هذا ان بين وقت الاتخاذ انها عارية يمكنه الدفع الى غيره * رجل جهز ابنته بجهاز وسلمه اليها ثم مات ... زوجها فادعت الابنة ان الاب ادعى الاب أنه كان عارية ونوزع جهازها يدعى الملك اختلفوا فيه * قال بعضهم القول قول الزوج والبينة على الاب ... الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى * وقال بعضهم القول قول الاب لانه هو الدافع والمملك * قال ... رحمه الله تعالى وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان كان الاب من الكرام والاشراف لا يقبل قول الاب لان مثله يأنف عن الاعارة وان كان من أوساط الناس يكون القول قول الاب لانه هو الدافع وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر * امرأة ... زوجها وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح انه لا تصح هذه الهبة لان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد اذا قبض ولا يجوز للاب أن يهب شيأ من مال ولده الصغير بعوض وغير عوض لانها تبرع ابتداء * ولو وهب أجنبي للصغير هبة فقبض الهبة يكون للاب كان الصغير في عياله أو لم يكن والله أعلم

﴿فصل في قبض الهبة للصغير﴾

اذا وهب أجنبي لصغير هبة فحق قبض الهبة والقبول للاب فان مات الاب أو غاب غيبة منقطعة كان ذلك لوصي الاب لانه بمنزلة الاب وهو أولى من الجد فان لم يكن له وصي ولا أب فحق القبض يكون للجد أبي الاب ثم بعده وصي الجد ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة الا أن يكون الصغير في عياله فان كان الصغير في حجر العم وعياله فوهب لصغير هبة ووصي الاب حاضر فقبض العم قيل لا يجوز قبضه لان الوصي بمنزلة الاب وان قبض الاخ أو العم أو الام والصبي في عيال أجنبي لا يجوز وان قبض الاجنبي الذي الصغير في عياله جاز * ولو كانت الصغيرة في بيت زوجها فوهب أجنبي لها هبة فقبض الزوج جاز وان كان الاب حاضرا قبض الاب يجوز أيضا وان كانت هي في بيت زوجها * ولو كان الصغير في عيال الجد أو الاخ أو الام أو العم فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضر اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال بعضهم لا يجوز والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج والاب حاضر * وان كان الصغير يعقل القبض فقبض الهبة جاز قبضه ويبيعه القاضي حتى لا يرجع الواهب في الهبة * ولو قبض الملتقط هبة للقيط والقيط في عياله وليس له أحد سواه جاز قبضه * وكذا لو كان الصغير في عيال أجنبي كان لذلك الاجنبي حق القبض ...

الكفالة حكم ببراءة الاصيل ثم استحق العبد من يد الطالب أو رده الطالب بالعيب بقضاء القاضي عاد المال على الكفيل ولو رده بغير قضاء لا يعود المال على الكفيل كذا في المحيط * واذا كفل بالقرض مؤجلا الى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال على الكفيل الى الاجل الذي سماه وعلى الاصيل حال كذا في التتمة * واذا أخر الكفيل والاصيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر في السنة فالاجلان اذا اجتمعا انصرفا الى مدة واحدة كذا في المحيط * وذكر محمد رحمه الله تعالى في اقرار الاصل في باب الخيار في الكفالة والاقرار بالدين شرط الخيار في الكفالة صحيح * صورة ما ذكره محمد رحمه الله تعالى اذا أقر الرجل أنه كفل لفلان بألف درهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام ان صدقه الطالب يثبت الخيار وان جحد الطالب لا يثبت الخيار ما لم يقم البينة عليه كذا في الذخيرة *

(الباب الثالث في الدعوى والخصومة)

رجل كفل عن رجل بألف ثم ادعى الكفيل ان الالف التي كفل بها قمار أو ثمن خمر أو ما أشبه ذلك مما لم يكن واجبا لا يقبل قوله ولو أقام البينة على المكفول له بذلك والمكفول له يجحد لا تقبل بينته ولو أراد أن يحلف الطالب لا يلتفت اليه كذا في فتاوى قاضيخان * ولو أقام الكفيل البينة على اقرار الطالب بذلك لا تقبل البينة كذا في المحيط * ولو كان الكفيل أدى المال الى الطالب وأراد أن يرجع بذلك على المكفول عنه والطالب غائب فقال المكفول عنه كان المال قمارا أو ثمن ميتة أو ما أشبه ذلك وأراد أن يقيم البينة على الكفيل لا تقبل بينته ويؤمر باداء المال الى الكفيل ويقال له اطلب خصمك وخاصمه فان حضر الطالب قبل أن يأخذ المال من الكفيل فأقر الطالب عند القاضي أن المال كان ثمن خمر أو ما أشبه ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا فلو أن القاضي أبرأ الكفيل ثم حضر المكفول عنه فأقر أن المال من قرض أو ثمن مبيع وصدقه الطالب لزمه المال ولا يصدقان على الكفيل والحوالة في هذا بمنزلة الكفالة كذا في فتاوى قاضيخان * ثلاثة نفر لكل واحد منهم على رجل ألف غير مشترك بينهم فشهد اثنان منهم للثالث على رجل أنه كفل بنفس المطلوب تقبل وان كان الدين مشتركا بينهما لا تقبل شهادتهما كذا في الكافي * اذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال وجاء بشاهدين شهدا واختلفا في الزمان أو المكان فالقاضي يقبل هذه الشهادة وان اتفقا في الزمان والمكان واختلفا في الاجل وكانت الدعوى في الكفالة بالمال فقال أحدهما كفل به الى شهر وقال الآخر الى شهرين فان كان المدعي يدعي أقرب الاجلين فالقاضي يقبل شهادتهما وان كان يدعي أبعد الاجلين لا يقبل شهادتهما كذا في المحيط * واذا شهد الشاهدان على رجل أنه كفل عنه بألف درهم غير أن أحدهما قال الى سنة وقال الآخر هي حالة والطالب يدعي انها حالة ويجحد الكفيل الكفالة أو قربها وادعى الاجل فالمال عليه حال في الوجهين كذا في خزانة المفتين * وان كانت الدعوى في الكفالة بالنفس فشهد أحدهما بأجل شهر والآخر بأجل شهرين ذكر شيخ الاسلام في شرحه هذه المسألة على التفصيل أيضا ان كان المدعي يدعي أقرب الاجلين قبلت الشهادة وان كان يدعي أبعد الاجلين لا تقبل وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه من غير تفصيل أن هذه الشهادة مقبولة كذا في المحيط * ولو شهد شاهد على الكفالة معاينة وشهد الآخر على اقرار الكفيل بالكفالة قبلت شهادتهما واذا شهد شاهدان على الكفالة بألف درهم واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما انه قال هي الي وقال الآخر انه قال هي علي فالشهادة جائزة كذا في الظهيرية * اذا ادعى على رجل الامعينا بسبب كفالته له عن رجل ولم يبين نسب المكفول عنه هل تصح دعواه حكي فتوى شمس الائمة الاوزجندي رحمه الله تعالى انه لا تصح الدعوى وهكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني وذكر محمد رحمه الله تعالى في باب الشهادة في الكفالة ولو شهد شاهدان أن هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل لا نعرفه باسمه ولكنا نعرفه بوجهه فهو جائز ويؤاخذ به الكفيل وكذلك اذا قال لا نعرفه بوجهه أيضا يؤاخذ الكفيل ويقال للكفيل بين فان أحضر الكفيل رجلا وقال المكفول به هذا وصدقه الطالب في ذلك فبها ونعمت وان لم تكن عليه بينة وان كذبه يعتبر فيه الدعوى والانكار وهذه المسألة دليل على أن في دعوى الكفالة لا يشترط تسمية المكفول عنه وذكر نسبه * وقد قيل هذه المسألة (١) تصلح دليلا لان وضع هذه المسألة أن الكفالة وقعت عن شخص معين الا أن الشهود لا يعرفونه ولا يذكرون نسبه فتكون هذه الكفالة واقعة عن شخص معلوم في نفسه وموضوع ما حكي عن شمس الائمة أن المدعي قال ان هذا الرجل كفل عن رجل فتكون الكفالة عن شخص مجهول في نفسه فلا تصح كذا في الذخيرة * واذا شهد شاهدان على رجل بالكفالة بالنفس غير أن أحدهما قال المكفول عنه زيد وقال الآخر المكفول عنه عمرو لا تقبل الشهادة ادعى الطالب كفالة أحدهما أو كفالتهما واذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس رجلين وأقام شاهدين فشهدا على كفالة أحدهما واختلفا في الآخر فشهد أحدهما على كفالته وشك الآخر فيه فقال لا أدري أهو أم غيره فان الكفيل يؤخذ بكفالة الذي أجمعا على كفالته ولا يقضي بكفالة الآخر * واذا شهد شاهدان على رجل انه كفل لاحدهما ولفلان بنفس فلان كانت الشهادة باطلة لانهما شهدا بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما في حق أحدهما فبطلت في حق الآخر أيضا * واذا شهد شاهدان على رجل أنه

(١) قوله تصلح دليلا كذا في جميع النسخ ولعل صوابه لا تصلح كما يفيده ما بعده وما قبله تأمل اهـ مصححه

ان يسلم اللقيط الى غيره في تعليم الاعمال ولا يكون لاجنبي آخر ان يسترده منه

﴿فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج﴾

رجل قال لامرأته قولي وهبت لك مهري فقالت وهي أعجمية لا تحسن العربية قالوا لا تصح هذه الهبة فرقوا بين هذا والطلاق والعتاق * اذا أمر الرجل امرأته ان تقول طلقت نفسي أو قيل لرجل قل طلقت امرأتي أو أعتقت عبدي فقال ذلك وقع الطلاق والعتاق * والفرق ان الرضا شرط جواز الهبة وليس بشرط لوقوع الطلاق والعتاق ولهذا لو طلق مكرها أو أعتق يقع الطلاق والعتاق * ولو أكره على الهبة فوهب لا تصح وقال ابن ... رحمه الله تعالى عندي لا يقع العتاق أيضا اذا كان معروفا بالجهل * ولو قال لعبده أنت حر وهو لا يعلم أن هذا اعتاق عتق ... ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى * امرأة تريد أن تهب مهرها من الزوج ولا تصح هبتها والا يرد زوجها فلو تصالح ... ... أجنبي من المهر على عوض ثم ترد ولا تنتظر الى بدل الصلح حتى تهب مهرها من زوجها ثم تنتظر الى البدل فترد بخيار الرؤية فيعود المهر على الزوج كما كان وتبطل الهبة * رجل مات فوهبت مهرها منه امرأته صحت هبتها وبرئ الزوج لان الدين لا يسقط بالموت وقبول المديون ليس بشرط لجواز الهبة فصحت الهبة * مريضة وهبت مهرها من زوجها ثم ماتت قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى ان كانت عند الهبة تقوم لحاجتها وترجع من غير معين لها على القيام فهي بمنزلة الصحيح تصح هبتها * امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فان لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة وان قبل ذلك في المجلس جازت الهبة ثم ان فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وان لم يفعل فكذلك عند البعض كمن أعتق أمته على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أو لم تتزوج * امرأة قالت لزوجها اتخذ الوليمة وقت الجهاز فانفقها فاذا نقص ذلك من مهري قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى الامر كما قالت * رجل منع امرأته المريضة من المصير الى أبويها فقال الزوج ان وهبت لي مهرك بعثتك الى ... امرأة ... ثم قدمها الى الشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بصدقة البعض على الفقراء أو غير ذلك فمنعها ولم يبعثها الى أبويها ... أبو جعفر رحمه الله تعالى الهبة باطلة لانها بمنزلة المكرهة في الهبة * امرأة قالت لزوجها وهبت مهري ان لم تظلمني فقبل الزوج ... بذلك قال أبو بكر الاسكاف وأبو القاسم الصفار رحمهما الله تعالى الهبة فاسدة لانها تعليق الهبة بالشرط * وهذا بخلاف ... وهبت مهري على أن لا تظلمني فقبل الزوج صحت الهبة بالقبول لان هذا تعليق الهبة بالقبول فاذا قبل تمت الهبة فلا يعود ... بعد ذلك وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل * ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت

وقع الطلاق * وقال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى في مسئلة الظلم مهرها عليه على حاله اذا ظلمها لان المرأة لم ترض بالهبة الا بهذا الشرط فاذا فات الشرط فات الرضا أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط * والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج اذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها وقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول * قال مولانا رحمه الله تعالى ويمكن الفرق بين مسئلة الحج وبين مسئلة الظلم ووجه ذلك ان في مسئلة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة أما في مسئلة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال مولانا رحمه الله تعالى ذكر في بعض النسخ اذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها واجب كما ذكر وعندي انما يعود المهر اذا ضربها بغير حق أما اذا ضربها بتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لان ما كان حقا لا يكون ظلما * امرأة وهبت مهرها من زوجها لينفعها في كل حول ثوبا بامرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حول ولم يقطع قال الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى ان كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها عليه على حاله لان هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة وان لم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك * وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض * رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا وكذا فابرأته ثم أبى الزوج أن يهبها ما قال كان المهر عليه كما كان * امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى ان لم يكن وقت للامساك وقتا لا يعود مهرها على الزوج وان وقت وقتا فطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له اذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم ولكن الا أن العبرة للاطلاق في اللفظ والذي ذكر في كتاب الوصايا رجل أوصى لام ولده بثلث ماله ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها تستحق الثلث بحكم الوصية * امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل الزوج قال خلف رحمه الله تعالى ان [illegible] الهبة طلقها أو لم يطلق لان ترك الطلاق لا يكون عوضا فتبقيت هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة * وذكر في النوازل اذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي ففعل الزوج ذلك قال مهرها عليه ما لم تطلق نفسها * ولو قالت المرأة كابين ترا بخشيدم جنك أزمن بازداري ان لم يطلق لا يبرأ من المهر لانها جعلت المهر عوضا عن الطلاق فان لم يطلق لا يبرأ * المرأة اذا أرادت ان يتزوجها الذي طلقها فقال لها المطلق لا أتزوجك حتى تهبيني مالك علي فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا مهرها [illegible]

كفل لفلان بنفس فلان على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو ألف درهم ولشهادة جائزة فان شهد شاهدان بالا [illegible] في ذلك اليوم فهو بريء عن الكفالة وان اختلفا في المال فشهد أحدهما بألف درهم وشهد الآخر بخمسمائة واتفقا على الكفالة بالنفس فالقاضي يقضي بالكفالة بالنفس لانهما لم يختلفا فيه وفي الكفالة بالمال اختلفا واختلاف الشاهدين في المال على هذا الوجه يمنع قبول الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء ادعى الطالب أقل المالين أو أكثرهما * فان اختلف الشاهدان بالمال فشهد أحدهما بدراهم وشهد الآخر بدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك ادعى الطالب أحد الصنفين أو جميعه وان اتفقا في المال أنه ألف درهم الا أنهما اختلفا فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وادعى المدعي أنه ثمن مبيع فانه لا يقضى له بشيء الا أن يوفق ويقول كان لي عليه من ثمن بيع الا أنه أقر بين يدي شاهد آخر أنه من قرض هذا اذا ادعى المدعي أحد الصنفين وان ادعى الصنفين جميعا قبلت شهادتهم وقضي له بألف درهم ولو كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاقل لم تجز شهادتهما كذا في المحيط * هشام قال سألت محمدا رحمه الله تعالى عن رجل ادعى على رجل أنه كفل بنفس فلان فأنكر فأقام المدعي بينة على الكفيل أنه كفل له بنفسه وألزمه الكفالة ثم ان الكفيل أقام بينة انه كفل بنفسه بأمره قال لا أقبل بينته كذا في الظهيرية * قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع رجل ضمن عن رجل ما قضي له عليه ثم غاب المكفول به فأقام الطالب بينة على الكفيل ان له على الغائب ألف درهم فانه لا يقضى له بذلك لا على الكفيل ولا على الاصيل لانه ادعى كفالة غير لازمة لان لزومها معلق بالقضاء على الاصيل ولم يثبت ذلك بعد حتى لو قال الطالب اني قدمت المطلوب الى فلان القاضي وأقمت عليه البينة بألف درهم بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأنكر الكفيل فأقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي عليه بالالف كذا في الذخيرة * ولو برهن رجل على رجل أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا كفل عنه بأمره يقضي القاضي بالمال على الكفيل والمكفول عنه وثبت أمره فيرجع الكفيل بما أدى على الآمر وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى القاضي بالمال على الكفيل دون الاصيل ولو قال كفلت عن فلان بكل مالي عليه وانه كان عليه ألف درهم وبرهن على المال والكفالة قضي عليه وعلى الغائب ادعى الامر أم لا لانه اذا كان بأمر يرجع والا لا كذا في الكافي * اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على الكفالة وقالا لا نعرف الكفيل والمكفول عنه ولكن أشهدنا فلان وفلان على شهادتهما ان فلان بن فلان الفلاني كفل لهذا الرجل بنفس فلان بن فلان الفلاني قبلت شهادتهما فبعد ذلك ان أقر المدعى عليه الكفالة أنه فلان بن فلان يؤاخذ به وان أنكر يحتاج المدعي الى شهود يشهدون أن المدعى عليه

[illegible] زوجها أو لم يتزوجها الا انها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح في النكاح والعوض لا يكون على المرأة * امرأة تقول لزوجها [illegible] كثيرا فان مكثت معي ولا تغب فقد وهبت منك الحائط الذي لي في مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها قالوا هذه المسئلة [illegible] ان كان كلاما عدة منها لا هبة للحال لا يكون الحائط للزوج لان بالوعد لا يملك * وان كانت وهبت منه وسلمت اليه [illegible] أوجه * [illegible] أن يمكث معها يكون الحائط للزوج لانها وهبت للحال وما تعلقها بشرط وانما شرطت عليه شرطا فاسدا والهبة لا تبطل [illegible] والوجه الثالث أن تقول المرأة وهبت منك الحائط ان مكثت معي فقبل الزوج ذلك كانت باطلة لانها علقت الهبة [illegible] والهبة لا تحتمل التعليق بالشرط * والوجه الرابع أن تقول المرأة وهبت منك على أن تمكث معي قال أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى فيما تقدم لا يكون [illegible] هذا الوجه يكون الحائط للزوج * وعلى ما قال محمد بن مقاتل ونصير رحمهما للزوج والاعتماد على ما قالا لانها ما رضيت الا بهذا الشرط * والوجه الخامس أن تصالح المرأة زوجها على أن يمكث معها على أن يكون الحائط هبة للزوج وفي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج أيضا فالصلح باطل * رجل وهب لرجل أرضا وسلمها اليه وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من الخارج كانت الهبة فاسدة * بخلاف ما اذا كانت الهبة كرما وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من ثمرته فان ثمة تصح الهبة ويبطل الشرط وقد ذكرنا * رجل قال لمديونه ان لم تقض مالي عليك حتى تموت وأنت في حل فهو باطل لانه تعليق والبراءة لا تحتمل التعليق * ولو قال رب الدين اذا مت فأنت في حل فهو جائز لان هذه وصية * ولو قالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فأنت في حل من مهري [illegible] مهري عليك صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق * ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فأنا بريء من الدين الذي لي عليك جاز [illegible] وصية من الطالب للمطلوب * ولو قال ان مت فأنا بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله ان دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك * ولو قالت المريضة لزوجها ان مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو قالت فأنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض [illegible] على زوجها لان هذه مخاطرة فلا يصح

﴿فصل في الصدقة﴾

رجل محتاج أراد أن يتصدق بالدراهم التي معه على [illegible] ان كان لو تصدق على الفقراء يصبر على الشدة فالصدقة أفضل لا يحتذى [illegible] فيه زهو قوله تعالى ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة * وان كان لا يصبر على الشدة فالانفاق على نفسه أفضل لما روي أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عندي دينار [illegible] أصنع به قال له عليه السلام أنفق على نفسك فقال الرجل عندي آخر فقال عليه السلام أنفق على عيالك فقال عندي آخر

[illegible] بن فلان الفلاني كذا في المحيط *

(الباب الرابع في كفالة الرجلين)

رجلان عليهما ألف درهم لرجل ثمن متاع أو قرض وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع عنه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فان زاد المؤدى على النصف رجع بالزيادة كذا [illegible] * ولو قال هذا مما كفلت عن صاحبي لم يقبل قوله ما لم يجاوز المؤدى حصته كذا في المحيط * اذا كان على رجل ألف فتكفل رجل عنه بالالف كله ثم جاء آخر فتكفل عنه بجميع الالف أيضا ثم تكفل كل واحد من الكفيلين عن الآخر بجميع الالف فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما فيرجع على شريكه بنصفه [illegible] شرح النافع * ثم يرجعان على الاصيل وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه فاذا أبرأ رب المال [illegible] أخذ الآخر بالجميع كذا في الهداية * واذا وجب على رجلين ألف درهم بالشراء وكفل أحدهما [illegible] صاحبه ولم يكفل الآخر عنه فأدى الكفيل شيئا وقال هذا مما كفلت به عن صاحبي قبل قوله * رجلان [illegible] من رجل عبدا بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم ان البائع أخر ما على أحد [illegible] بين خاصة ثم ان هذا الذي أخر عنه أدى نصف المال وقال هذا مما كفلت به عن صاحبي قبل قوله * [illegible] على رجل ألف درهم من قرض أقرضه أو من ثمن مبيع باعه وكفل له رجل بنصف المال وكفل [illegible] بالنصف الآخر كفالتين متفرقتين أو كفالة واحدة فأدى الاصيل خمسمائة ولم يقل شيئا كان [illegible] عنهما ولو قال هذا مما كفل فلان فهو على ما قال وكذلك اذا كان الالف متفرقا على الاصيل بان [illegible] قرضين أو بيعين أو كانا مالين وجبا بسببين مختلفين بان كان أحدهما من قرض والآخر من ثمن [illegible] وكفل أحد الكفيلين بأحد المالين وكفل الكفيل الآخر بالمال الآخر فادى الاصيل خمسمائة [illegible] من التي كفل بها فلان وفلان فهو على ما قال واذا كان بإحدى الخمسمائتين كفيل فادى الاصيل [illegible] ولم يقل أديتها عن الكفالة قبل قوله كذا في المحيط * اذا وجبت عليه الالف من بيع ثم ان صاحب [illegible] أجل نصف المال الى سنة أو وجب نصف الالف من الابتداء حالا ووجب النصف الآخر من الابتداء مؤجلا الى السنة وكفل بكل نصف كفيل على حدة ثم ان الاصيل أدى خمسمائة ولم يقل شيئا فهو عن الكفيل الذي كفل عن الحال كذا في الذخيرة * واذا قال هي عن الكفيل الذي كفل بالمؤجل قبل قوله كذا في [illegible] * اذا كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على [illegible] الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز فان حل على صاحب السنة فأداه رجع به على الاصيل ولا

وقع الطلاق * وقال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى في مسئلة الظلم مهرها عليه على حاله اذا ظلمها لان المرأة لم ترض بالهبة الا بهذا الشرط فاذا فات الشرط فات الرضا أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط * والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج اذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها وقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول * قال مولانا رحمه الله تعالى ويمكن الفرق بين مسئلة الحج ومسئلة الظلم ووجهه ذلك ان في مسئلة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يعوض العوض لا تتم الهبة أما في مسئلة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال مولانا رحمه الله تعالى ذكر في بعض النسخ اذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها واجاب كما ذكر وعندي انما يعود المهر اذا ضربها بغير حق أما اذا ضربها بتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لان ما كان حقا لا يكون ظلما * امرأة (٣٨٢) وهبت مهرها من زوجها على أن يطعمها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حولان ولم يطعم قال الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى ان كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها عليه على حاله لان هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة وان لم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك * وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض * رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا وكذا فابرأته ثم أبى الزوج أن يهب منها ما قال كان المهر عليه كما كان * امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى ان لم يكن وقت للامساك وقتا لا يعود مهرها على الزوج وان وقت وقتا فطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له اذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم الا أن العبرة للاطلاق في اللفظ فانه ذكر في كتاب الوصايا رجل أوصى لام ولده بثلث ماله ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها تستحق الثلث بحكم الوصية * امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل الزوج قال خلف رحمه الله تعالى الهبة طلقها أو لم يطلق لان ترك الطلاق لا يكون عوضا بقيت هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة * وذكر في النوازل اذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي فلم يفعل الزوج ذلك قال مهرها عليه ما لم تطلق نفسها * ولو قالت المرأة كابين ترا بخشيدم جنك أزمن باز دارى ان لم يطلق لا يبرأ من المهر لانها جعلت المهر عوضا عن الطلاق فاذا لم يطلق لا يبرأ * المرأة اذا أرادت ان تتزوج الذي طلقها فقال لها المطلق لا أتزوجك حتى تهبيني مالك على فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا مهرها عليه

كذا لو كفلت بنفس فلان على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو ألف درهم والشهادة جائزة فان شهد شاهدان بالايفاء في ذلك اليوم فهو بريء عن الكفالة وان اختلفا في المال فشهد أحدهما بألف درهم وشهد الآخر بخمسمائة واتفقا على الكفالة بالنفس فالقاضي يقضي بالكفالة بالنفس لانهما لم يختلفا فيه وفي الكفالة بالمال اختلفا واختلاف الشاهدين في المال على هذا الوجه يمنع قبول الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء ادعى الطالب أقل المالين أو أكثرهما * فان اختلف الشاهدان بالمال فشهد أحدهما بدراهم وشهد الآخر بدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك ادعى الطالب أحد الصنفين أو جميعا وان اتفقا في المال أنه ألف درهم الا أنهما اختلفا فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وادعى المدعي أنه ثمن مبيع فانه لا يقضى له بشيء الا أن يوفق و يقول كان لي عليه من ثمن بيع الا أنه أقر بين يدي شاهد آخر أنه من قرض هذا اذا ادعى المدعي أحد الصنفين وان ادعى الصنفين جميعا ثبتت شهادتهما وقضى له بألف درهم ولو كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما كذا في المحيط * هشام قال سألت محمدا رحمه الله تعالى عن رجل ادعى على رجل أنه كفل بنفس فلان فانكر فأقام المدعي بينة على الكفيل أنه كفل له بنفسه وألزمه الكفالة ثم ان الكفيل أقام بينة انه كفل بنفسه بأمره قال لا أقبل بينته كذا في الظهيرية * قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع رجل ضمن عن رجل ما قضي له عليه ثم غاب المكفول به فأقام الطالب بينة على الكفيل ان له على الغائب ألف درهم فانه لا يقضى له بذلك لا على الكفيل ولا على الاصيل لانه ادعى كفالة غير لازمة لان لزومها معلق بالقضاء على الاصيل ولم يثبت ذلك بعد حتى لو قال الطالب اني قدمت المطلوب الى فلان القاضي وأقمت عليه البينة بألف درهم بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأنكر الكفيل فأقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي عليه بالالف كذا في الذخيرة * ولو برهن رجل على رجل أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا كفل له عنه بأمره يقضي القاضي بالمال على الكفيل والمكفول عنه وثبت أمره فيرجع الكفيل بما أدى على الآمر وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى القاضي بالمال على الكفيل دون الاصيل ولو قال كفلت لك عن فلان بكل مالك عليه وانه كان عليه ألف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه وعلى الغائب ادعى الامر أم لا الا أنه اذا كان بأمر يرجع والا لا كذا في الكافي * اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على الكفالة وقالا لا نعرف الكفيل والمكفول عنه ولكن أشهدنا فلان وفلان على شهادتهما ان فلان بن فلان الفلاني كفل لهذا الرجل بنفس فلان بن فلان الفلاني قبلت شهادتهما فبعد ذلك ان أقر المدعى عليه الكفالة أنه فلان بن فلان يؤاخذ به وان أنكر يحتاج المدعي الى شهود يشهدون أن المدعى عليه

لم يتزوجها أو لم يتزوجها لانها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح في النكاح والعوض لا يكون على المرأة * امرأة تقول لزوجها ... كذا وان مكثت معي ولا تغيب فقد وهبت منك الحائط الذي لي في مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها قالوا هذه المسئلة ... وجه * ان كان كلاما على ... الهبة للحال لا يكون الحائط للزوج لان الوعد لا يلزم * وان كانت وهبت منه وسلمت اليه ... وعدا أن يمكث معها يكون الحائط للزوج لانها وهبت للحال ولم تعلقها بشرط وانما شرطت عليه شرطا فاسدا والهبة لا تبطل ... الشروط الفاسدة * والوجه الثالث أن تقول المرأة وهبت منك الحائط ان مكثت معي فقبل الزوج ذلك كانت باطلة لانها علقت الهبة ... والهبة لا تحتمل التعليق بالشرط * والوجه الرابع أن تقول المرأة وهبت منك على أن تمكث معي قال أبو القاسم الصفار رحمه ... وهذا الوجه يكون الحائط للزوج * وعلى ما قال محمد بن مقاتل ونصير رحمهما (٣٨٣) الله تعالى فيما تقدم لا يكون للزوج والاعتماد على ما قالا لانها ما رضيت الا بهذا الشرط * والوجه الخامس أن تصالح المرأة زوجها على أن يمكث معها على أن يكون الحائط هبة للزوج وفي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج أيضا فالصلح باطل * رجل وهب لرجل أرضا وسلمها اليه وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من الخارج كانت الهبة فاسدة * بخلاف ما اذا كانت الهبة كرما وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من ثمرته فان ثمة تصح الهبة ويبطل الشرط وقد ذكرنا * رجل قال لمديونه ان لم تقض مالي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل لانه تعليق والبرآت لا تحتمل التعليق * ولو قال رب الدين اذا مت فأنت في حل فهو جائز لان هذه وصية * ولو قالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فأنت في حل من مهري أو قالت مهري عليك صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق * ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فأنت بريء من الدين الذي لي عليك جاز ... وصية من الطالب للمطلوب * ولو قال ان مت فأنت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله ان دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك * ولو قالت المريضة لزوجها ان مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو قالت فأنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض ... على زوجها لان هذه مخاطرة فلا يصح

(فصل في الصدقة)

رجل محتاج أراد أن يتصدق بدراهم التي معه على ... ان كان لو تصدق على الفقراء يصبر على الشدة فالصدقة أفضل لا تنزلت فيه وهو قوله تعالى ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة * وان كان لا يصبر على الشدة فالانفاق على نفسه أفضل لما روي أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عندي دينار أمرني ماذا أصنع به قال له عليه السلام أنفق على نفسك فقال الرجل عندي آخر فقال عليه السلام أنفق على عيالك فقال عندي آخر

... بنفس الذمي كذا في المحيط *

(الباب الرابع في كفالة الرجلين)

رجلان عليهما ألف درهم لرجل ثمن متاع أو قرض وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فان زاد المؤدي على النصف رجع بالزيادة كذا في الكافي * ولو قال هذا مما كفلت عن صاحبي لم يقبل قوله ما لم يجاوز المؤدي حصته كذا في المحيط * اذا كان على رجل ألف فتكفل رجل عنه بالالف كله ثم جاء آخر فتكفل عنه بجميع الالف أيضا ثم تكفل كل واحد من الكفيلين عن الآخر بجميع الالف فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما فيرجع على شريكه بنصفه ... في شرح النافع * ثم يرجعان على الاصيل وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه فاذا أبرأ رب المال ... أخذ الآخر بالجميع كذا في الهداية * واذا وجب على رجلين ألف درهم بالشراء وكفل أحدهما عن صاحبه ولم يكفل الآخر عنه فأدى الكفيل شيئا وقال هذا مما كفلت به عن صاحبي قبل قوله * رجلان اشتريا من رجل عبدا بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم ان البائع أخر ما على أحد المشتريين خاصة ثم ان هذا الذي أخر عنه أدى نصف المال وقال هذا مما كفلت به عن صاحبي قبل قوله * رجل له على رجل ألف درهم من قرض أقرضه أو من ثمن مبيع باعه وكفل له رجل بنصف المال وكفل رجل آخر بالنصف الآخر كفالتين متفرقتين أو كفالة واحدة فأدى الاصيل خمسمائة ولم يقل شيئا كان مؤدى عنهما ولو قال هذا مما كفل فلان فهو على ما قال وكذلك اذا كان الالف متفرقا على الاصيل بان كان من قرضين أو بيعين أو كانا مالين وجبا بسببين مختلفين بان كان أحدهما من قرض والآخر من ثمن مبيع وكفل أحد الكفيلين باحد المالين وكفل الكفيل الآخر بالمال الآخر فأدى الاصيل خمسمائة ... من التي كفل بها فلان وفلان فهو على ما قال واذا كان باحدى الخمسمائتين كفيل فأدى الاصيل ... وقال أديتها عن الكفالة قبل قوله كذا في المحيط * اذا وجبت عليه الالف من بيع ثم ان صاحب ... جعل نصف المال الى سنة أو وجب نصف الالف من الابتداء حالا ووجب النصف الآخر من الابتداء مؤجلا الى سنة وكفل بكل نصف كفيل على حدة ثم ان الاصيل أدى خمسمائة ولم يقل شيئا فهو عن الكفيل الذي كفل عن الحال كذا في الذخيرة * واذا قال هي عن الكفيل الذي كفل بالمؤجل قبل قوله كذا في ... * اذا كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على ... صاحبها الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز فان حل على صاحب السنة فأداه رجع به على الاصيل ولا

فقال تصدق به * رجل في يده دراهم فقال لله علي أن أتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيرها قال نصير رحمه الله تعالى جاز وان لم يتصدق
حتى هلكت تلك الدراهم في يده فلا شيء عليه * رجل أخرج كسرة الى مسكين فلم يجده قال الحسن البصري رحمه الله تعالى يمسكها
حتى يجيء آخر فان أكلها أطعم مثلها * وعن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى مثل هذا * وقال عامر الشعبي رحمه الله تعالى هو مخير
ان شاء قضاها وان شاء لم يقضها وما أخرجه للصدقة لا يكون صدقة الا بالدفع الى الفقير * وقال مجاهد رحمه الله تعالى هو بالخيار متى أخرج
صدقة ان شاء أمضى وان شاء لم يمض * وعن عطاء مثل هذا * وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى وسئل عن المكدين الذين يسألون
الناس الحافا ويأكلون اسرافا قال ما لم يظهر أن ما يتصدق عليه ينفقها في المعصية أو دونها لا بأس بالتصدق عليه وهو مأجور في نية
بسد خلته * وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم شكا قد كثر السؤال فلمن نعطي قال عليه السلام من رق قلبك

* وعن محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى مثل ذلك * رجل قال لآخر كل منفعة تصل الي من مالك فعلي أن أتصدق به قال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى ان وهب له شيأ وجب عليه أن يتصدق به وان أذن له أن يأكل من طعامه لا يحل له أن يتصدق به وانما يحل له أن يأكل من طعامه * رجل تصدق على امرأة معسرة لها زوج موسر قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى ان كان الزوج يوسع عليها في النفقة فهي موسرة بغناء الزوج * رجل قال مالي في المساكين صدقة ان فعلت كذا وله على الناس ديون قال نصير رحمه الله تعالى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يدخل فيه الا الصامت وأموال التجارة * رجل تصدق عن الميت ودعا له قالوا يجوز ذلك ويصل الى الميت لما جاء في الاخبار أن الحي اذا تصدق عن
الميت بعث الله تعالى تلك الصدقة اليه على طبق من النور * اذا فعل الرجل شيأ من الحسنات ان يكون ثواب
ذلك اختلفوا فيه قال أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى حسناته تكون له دون أبويه لقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وانما يكون
لوالده من ذلك أجر التعليم والارشاد اذا فعل ذلك * وقال بعضهم حسناته تكون لابويه لما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال
من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته أن يترك ولدا يعلمه القرآن والعلم ويكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيء [illegible]
التصدق على سائل المسجد قالوا لا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع لان ذلك اعانة على أذى الناس * وعن خلف بن أيوب
رحمه الله تعالى قال لو كنت قاضيا لم أقبل شهادة من تصدق على سائل المسجد * وعن أبي بكر بن اسمعيل قال هذا فلس واحد يحتاج
الى سبعين فلسا لتكون تلك السبعون كفارة لذلك الفلس الواحد ولكن يتصدق قبل أن يدخل المسجد أو بعد ما يخرج منه * وعن أبي جعفر

يرجع به على الكفيل الآخر كذا في المحيط * المتفاوضان اذا افترقا فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا
بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع بالزيادة * المكاتبان
كتابة واحدة اذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه القياس أن لا يصح وفي الاستحسان يصح فان أدى
أحدهما شيأ رجع على صاحبه بنصفه وان لم يؤد شيأ حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق وبرئ عن النصف
وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فان أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه وان أخذ الآخر
لم يرجع على المعتق بشيء كذا في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد حسام الدين * كفل ثلاثة عن رجل
بألف درهم فأدى أحدهم برئوا جميعا ولم يرجع أحدهم على صاحبه بشيء ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه
فاذا أداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف هذا النظير
بالكفيلين فان ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث فان ظفرا بالغائب رجع كل
واحد بالسدس ثم رجعوا جميعا على الاصيل بالالف فان ظفر بالاصيل قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه
بجميع الالف قال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا أمر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما
شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره كذا في محيط السرخسي *

الباب الخامس في كفالة العبد والذمي

لا تجوز كفالة العبد بالنفس والمال بغير اذن المولى الا أن يعتق فيؤخذ به كذا في محيط السرخسي * والاذن
بالتجارة لا يكون اذنا بالكفالة كذا في الذخيرة * اذا أذن المولى في الكفالة فكفل عن المولى أو عن أجنبي
بمال صحت الكفالة سواء كان العبد تاجرا أو كان محجورا عليه اذا لم يكن عليه دين وكذلك الامة والمدبرة
وأم الولد كذا في المحيط * ويباع رقبته بالكفالة بالدين الا أن يفديه المولى كذا في البدائع * وان كان على
العبد دين وقد كفل عن المولى أو عن أجنبي بمال باذن المولى لا يلزمه شيء ما دام رقيقا فاذا أعتق لزمه
كذا في المحيط * أما كفالة المولى عن العبد فتصح سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال وسواء كان على
العبد دين أم لم يكن كذا في النهاية * ولا تجوز كفالة المكاتب عن الاجنبي سواء أذن له المولى أو لم يأذن
لكنها تنعقد حتى يطالب بعد العتاق ولو كفل المكاتب عن المولى جاز كذا في البدائع * من ضمن عن
عبد مالا لا يؤخذ به بعد عتقه فان أقر باستهلاك مال وكذبه سيده أو أقرضه سيده أو باعه وهو محجور عليه
حالا أو غير حال يؤخذ به الكفيل حالا كذا في الكافي * وكذا اذا أودعه شيأ فاستهلكه أو وطئ امرأة
بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ به في الحال واذا ضمنه انسان ولم يبين أنه حال ولا غيره كان على الكفيل

البلخي رحمه الله تعالى لا يحل للرجل أن يعطي سؤال المسجد لما فيه من الوعيد المروي عن الحسن البصري رحمه الله تعالى فان
كان السائل لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي المصلين ولا يسأل لامر لا بد منه ولا يسأل الحافا لا بأس له بالسؤال والتصدق عليه * روي
أن السؤال كانوا يسألون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد حتى روي أن عليا رضي الله عنه تصدق بخاتمه وهو في الركوع
فمدحه الله تعالى بقوله ويؤتون الزكاة وهم راكعون وان كان السائل يتخطى رقاب الناس ويمر بين يدي المصلي ولا يسأل فالتصدق على مثله
مكروه * وعن ابن المبارك رحمه الله تعالى أنه قال يعجبني أن السائل اذا سأل لوجه الله تعالى لا يعطى له شيء لان الدنيا خسيس فاذا
سأل لوجه الله تعالى فقد عظم ما حقره الله تعالى فلا يعطى له زجرا * الوالد اذا احتاج الى مال ولده الصغير فان كانا في المصر كان للوالد المحتاج
أن يأكل مال ولده بغير القيمة وان كانا في المفازة واحتاج الاب الى مال ولده فان كان الاب له مال في بلده ولم يكن معه مال

كان له أن يأكل مال الولد بالقيمة وان كان فقيرا يأكل بغير عوض * وللاب الفقير أن يبيع مال ولده لاجل نفقته * رجل وولده في الصحراء أو في المفازة ومعهما من الماء ما يكفي لاحدهما من كان أولى منهما بهذا الماء كان الابن أولى به لان الاب لو كان أحق بهذا الماء كان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه يموت هو من العطش فيصير قاتلا نفسه وان شرب هو ولم يكن هو معينا للاب في قتل نفسه هذا بمنزلة رجلين أحدهما قاتل نفسه والآخر قتل غيره كان قاتل النفس أعظم وزرا واثما * اذا أراد الاب أن يأمر ولده بشيء ويخاف أنه لو أمره لا يفعل قالوا ينبغي للوالد أن يقول للولد على سبيل المشورة خوب ايدان بسيار كر فلان كار كني لانه لو أمره بذلك ربما يصير عاقا فيلحقه عقوبة العقوق ولا بأس للاب أن يغضب على ولده
[illegible] لان الانسان مجبول على ذلك طبعا * قال عليه الصلاة والسلام انما أنا بشر مثلكم أرضى بما يرضى به البشر وأغضب بما
يغضب البشر والله أعلم

كتاب الوقف

* الوقف جائز عند علمائنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن
زياد رحمهم الله تعالى * وذكر في الاصل كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجيز الوقف وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند
أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز الوقف وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل الا أن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا صح الوقف
يزول ملك الواقف لا الى مالك * وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يزول بمجرد قول الواقف ولا يجوز بيعه ولو مات لا يورث عنه وعند محمد
رحمه الله تعالى لا يزول ملك الواقف الا بالتسليم الى المتولي أو الى الموقوف عليه * وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز الوقف جواز
الاعارة فتصرف المنفعة الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف له أن يرجع عنه ويجوز بيعه وان مات يورث عنه * ولا يلزم الا

كذا في البحر الرائق * ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره كذا في التبيين * قال محمد رحمه
الله تعالى في الجامع الصغير ادعى على عبد رجل دينا وكفل رجل بنفس العبد ثم مات العبد برئ الكفيل
كذا في الذخيرة * وان ادعى على ذي اليد رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فأقام المدعي
بينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ولو ثبت ملك المدعي باقرار ذي اليد أو بنكوله عن الحلف وقد مات
العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما يلزم على الاصيل الا اذا
أقر الكفيل بما أقر به الاصيل وذكر الامام التمرتاشي ولا يصدق ذو اليد في موت العبد ويحبس هو
والكفيل فان طال الحبس ضمن القيمة كذا في النهاية * يجب أن يعلم بأن أهل الذمة وأهل الاسلام في
حكم الكفالة على السواء الا في الخمر والخنزير فاذا كان لذمي خمر على ذمي من قرض أو غصب فكفل به ذمي
ثم أسلم أحدهم (فهذا على وجوه) اما ان أسلم الطالب ففي هذا الوجه برئ الكفيل عن الخمر وعن
قيمتها جميعا واما ان أسلم المطلوب ففي هذا الوجه برئ عن الخمر وعن قيمتها وبرئ الكفيل ببراءته وهذا
قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وروى زفر عن أبي حنيفة رحمه
الله تعالى أن على المطلوب قيمة الخمر والكفيل على كفالته وهو قول محمد رحمه الله تعالى واما ان أسلم
الكفيل خاصة ففي هذا الوجه يسقط الخمر أصلا عن الكفيل لا الى بدل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى الطالب بالخيار ان شاء رجع على الكفيل
بقيمة الخمر وان شاء رجع على الاصيل بعين الخمر وان أسلموا جميعا سقط الخمر لا الى بدل وكذلك ان أسلم الطالب
والكفيل أو أسلم الطالب والاصيل سقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل والاصيل سقط الخمر لا الى بدل
عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخرا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى للطالب
أن يطالب أيهما شاء * واذا كان الخمر من ثمن مبيع وأسلم الطالب والمطلوب فقد برئ الكفيل عن الخمر وقيمتها
جميعا وان أسلم الكفيل فالطالب يطالب المطلوب بعين الخمر ويبرأ الكفيل عن الخمر وقيمتها عند أبي
حنيفة رحمه الله تعالى آخرا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحول الخمر
الى قيمتها في حقه وكان للطالب أن يطالبه بقيمة الخمر وان كان الخمر واجبا بسبب السلم ثم أسلم الطالب
فانه يبطل السلم واذا انفسخ السلم برئ الاصيل وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وان أسلم
المطلوب برئ الكفيل بلا خلاف وبقي الخمر للطالب قبل المطلوب على حاله كذا في المحيط * والاصل أن
اسلام الطالب يبطل الخمر أصلا لان امتناع التسليم جاء من قبله لاسلامه واسلام المطلوب كذلك عند أبي
يوسف رحمه الله تعالى لتعذر التسليم وعند محمد رحمه الله تعالى لا يبطل بل يحوله الى القيمة لان الامتناع

فقال تصدق به * رجل في يده دراهم فقال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيرها قال نصير رحمه الله تعالى جاز وان لم يتصدق حتى هلكت تلك الدراهم في يده فلا شيء عليه * رجل أخرج كسرة الى مسكين فلم يجده قال الحسن البصري رحمه الله تعالى يمسكها حتى يجيء آخر فان أكلها أطعم مثلها * وعن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى مثل هذا * وقال عامر الشعبي رحمه الله تعالى هو بالخيار ان شاء قضاها وان شاء لم يقضها وما أخرجه للصدقة لا يكون صدقة الا بالدفع الى الفقير * وقال مجاهد رحمه الله تعالى هو بالخيار [illegible] صدقة ان شاء أمضى وان شاء لم يمض * وعن عطاء مثل هذا * وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى وسئل عن المكدين الذين [illegible] الناس الحافا ويأكلون اسرافا قالوا ما لم يظهر أن ما يتصدق عليه ينفقها في المعصية أو دعوى لا بأس بالتصدق عليه وهو مأجور في نيته بسد خلته * وروي أن رسول الله (٢٨٤) صلى الله عليه وسلم سئل قد كثر السؤال فلمن نعطي قال عليه السلام من رق قلبك له

* وعن محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى مثل ذلك * رجل قال لآخر كل منفعة تصل الي من مالك فعلي أن أتصدق به قال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى ان وهب له شيأ وجب عليه أن يتصدق به وان أذن له أن يأكل من طعامه لا يحل له أن يتصدق به وانما يحل له أن يأكل من طعامه * رجل تصدق على امرأة معسرة لها زوج موسر قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى ان كان الزوج يوسع عليها في النفقة فهي موسرة بغناء الزوج * رجل قال مالي في المساكين صدقة ان فعلت كذا وله على الناس ديون قال نصير رحمه الله تعالى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يدخل فيه الا الصامت وأموال التجارة * رجل تصدق عن الميت ودعا له قالوا يجوز ذلك ويصل الى الميت لما جاء في الاخبار أن الحي اذا تصدق عن الميت بعث الله تعالى تلك الصدقة اليه على طبق من النور * اذا فعل الصغير شيأ من الحسنات ان يكون ثواب ذلك اختلفوا فيه قال أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى حسناته تكون له دون أبويه لقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وانما يكون لوالده من ذلك أجر التعليم والارشاد اذا فعل ذلك * وقال بعضهم حسناته تكون لابويه لما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه [...] من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته أن يترك ولدا علمه القرآن والعلم ويكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر ولده شيء [...] التصدق على سائل المسجد قالوا لا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع لان ذلك اعانة على أذى الناس * وعن خلف بن أيوب رحمه الله تعالى قال لو كنت قاضيا لم أقبل شهادة من تصدق على سائل المسجد * وعن أبي بكر بن اسمعيل قال هذا فلس واحد يحتاج الى سبعين فلسا لتكون تلك السبعون كفارة لذلك الفلس الواحد ولكن يتصدق قبل أن يدخل المسجد أو بعد ما يخرج منه * وعن أبي [illegible]

برجع به على الكفيل الآخر كذا في المحيط * المتفاوضان اذا افترقا فلاصحاب الدين أن ياخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع بالزيادة * المكاتبان كتابة واحدة اذا تكفل كل واحد منهما عن صاحبه القياس أن لا يصح وفي الاستحسان يصح فما أدى أحدهما شيأ رجع على صاحبه بنصفه وان لم يؤد شيأ حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق وبرئ عن النصف وللمولى أن ياخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فان أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء كذا في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد حسام الدين * كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فادى أحدهم برئوا جميعا ولم يرجع أحدهم على صاحبه بشيء ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه فاذا أدى أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف هذا اذا ظفر بالكفيلين فان ظفر باحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث فان ظفرا بالغائب رجع كل واحد بالسدس ثم رجعوا جميعا على الاصيل بالالف فان ظفر بالاصيل قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه بجميع الالف قال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن ياخذ بها أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بامره كذا في محيط السرخسي *

الباب الخامس في كفالة العبد والذمي

لا تجوز كفالة العبد بالنفس والمال بغير اذن المولى الا أن يعتق فيؤخذ به كذا في محيط السرخسي * والاذن بالتجارة لا يكون اذنا بالكفالة كذا في الذخيرة * اذا أذن المولى في الكفالة فكفل عن المولى أو عن أجنبي بمال صحت الكفالة سواء كان العبد تاجرا أو كان محجورا عليه اذا لم يكن عليه دين وكذلك الامة والمدبر وأم الولد كذا في المحيط * ويباع رقبته بالكفالة بالدين الا أن يفديه المولى كذا في البدائع * وان كان على العبد دين وقد كفل عن المولى أو عن اجنبي بمال باذن المولى لا يلزمه شيء ما دام رقيقا فاذا أعتق لزمه ذلك كذا في المحيط * أما كفالة المولى عن العبد فتصح سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال وسواء كان على العبد دين أم لم يكن كذا في النهاية * ولا تجوز كفالة المكاتب عن الاجنبي سواء أذن له المولى أو لم يأذن لكنها تنعقد حتى يطالب بعد العتاق ولو كفل المكاتب عن المولى جاز كذا في البدائع * من ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه فان أقر باستهلاك مال وكذبه سيده أو أقرضه سيده أو باعه وهو محجور ولم يسم حالا أو غير حال يؤخذ به الكفيل حالا كذا في الكافي * وكذا اذا أودعه شيأ فاستهلكه أو وطئ امة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ به في الحال واذا ضمنه انسان ولم يبين أنه حال ولا غيره كان على الكفيل

خلف رحمه الله تعالى لا يحل للرجل أن يعطي سؤال المسجد لما فيه من الوعيد المروي عن الحسن البصري رحمه الله تعالى قال [...]ئل لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي المصلين ولا يسأل لامر لا بد منه ولا يسأل الحافا لا بأس بالسؤال والتصدق عليه * روي [...] كانوا يسألون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد حتى روي أن عليا رضي الله عنه تصدق بخاتمه وهو في الركوع [...] الله تعالى بقوله ويؤتون الزكاة وهم راكعون وان كان السائل يتخطى رقاب الناس ويمر بين يدي المصلي ولا يبالي فالتصدق على مثله [...] * وعن ابن المبارك رحمه الله تعالى أنه قال يعجبني أن السائل اذا سأل لوجه الله تعالى لا يعطى له شيء لان الدنيا خسيسة فاذا [...] رحمه الله تعالى فقد عظم ما حقره الله تعالى فلا يعطى له زجرا * الوالد اذا احتاج الى مال ولده الصغير فان كان في المصر [illegible] احتاج [...] من مال ولده بغير القيمة وان كان في المفازة واحتاج الاب الى مال ولده فان كان (٢٨٥) الاب له مال في بلده ولم يكن معه مال كان له أن يأكل مال الولد بالقيمة وان كان فقيرا يأكل بغير عوض * وللاب الفقير أن يبيع مال ولده لاجل نفقته * رجل وولده في الصحراء أو في المفازة ومعهما من الماء ما يكفي لاحدهما من كان أولى منهما بهذا الماء كان الابن أولى به لان الاب لو كان أحق بهذا الماء كان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه يموت هو من العطش فيصير قاتلا نفسه وان شرب هو ولم يكن هو معينا للاب في قتل نفسه هذا بمنزلة رجلين أحدهما قتل نفسه والآخر قتل غيره كان قاتل النفس أعظم وزرا واثما * اذا أراد الاب أن يأمر ولده بشيء ويخاف أنه لو أمره لا يفعل قالوا ينبغي للوالد أن يقول للولد على سبيل المشورة خوب ايدان يسرا كرفلان كار كني لانه لو أمره بذلك ربما يعصي فيلحقه عقوبة العقوق ولا بأس للاب أن يغضب على ولده [...] لان الانسان مجبول على ذلك طبعا * قال عليه الصلاة والسلام انما أنا بشر مثلكم أرضى بما يرضى به البشر وأغضب بما يغضب به البشر والله أعلم

كتاب الوقف

* الوقف جائز عند علمائنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن [...] رحمهم الله تعالى * وذكر في الاصل كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجيز الوقف وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند [...] رحمه الله تعالى لا يجوز الوقف وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل الا أن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا صح الوقف [...] عن ملك الواقف لا الى مالك * وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يزول بمجرد قول الواقف ولا يجوز بيعه ولو مات لا يورث عنه وعند محمد رحمه الله تعالى لا يزول ملك الواقف الا بالتسليم الى المتولي أو الى الموقوف عليه * وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز الوقف جواز [...] تصرف المنفعة الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف له أن يرجع عنه ويجوز بيعه وان مات يورث عنه * ولا يلزم الا

[...] كذا في البحر الرائق * ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره كذا في التبيين * قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ادعى على عبد رجل دينا وكفل رجل بنفس العبد ثم مات العبد برئ الكفيل كذا في الذخيرة * وان ادعى على ذي اليد رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فاقام المدعي بينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ولو ثبت ملك المدعي باقرار ذي اليد أو بنكوله عن الحلف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضي بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما يلزم على الاصيل الا اذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل وذكر الامام التمرتاشي ولا يصدق ذو اليد في موت العبد ويحبس هو والكفيل فان طال الحبس ضمن القيمة كذا في النهاية * يجب أن يعلم بان أهل الذمة وأهل الاسلام في حكم الكفالة على السواء الا في الخمر والخنزير فاذا كان لذمي خمر على ذمي من قرض أو غصب فكفل به ذمي ثم أسلم أحدهم (فهذا على وجوه) اما ان أسلم الطالب ففي هذا الوجه برئ الكفيل عن الخمر وعن قيمته عندهم جميعا واما ان أسلم المطلوب ففي هذا الوجه برئ عن الخمر وعن قيمتها وبرئ الكفيل ببراءته وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وروى زفر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن على المطلوب قيمة الخمر والكفيل على كفالته وهو قول محمد رحمه الله تعالى واما ان أسلم الكفيل خاصة ففي هذا الوجه يسقط الخمر أصلا عن الكفيل لا الى بدل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخرا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى الطالب بالخيار ان شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر وان شاء رجع على الاصيل بعين الخمر وان أسلموا جميعا سقط الخمر لا الى بدل وكذلك ان أسلم الطالب والكفيل وأسلم الطالب والاصيل سقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل والاصيل سقط الخمر لا الى بدل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخرا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى للطالب أن يأخذ أيهما شاء واذا كان الخمر من ثمن مبيع وأسلم الطالب والمطلوب فقد برئ الكفيل عن الخمر وقيمتها جميعا وان أسلم الكفيل فالطالب يطالب المطلوب بعين الخمر ويبرأ الكفيل عن الخمر وقيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخرا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحول الخمر الى قيمته في حقه وكان للطالب أن يطالبه بقيمة الخمر وان كان الخمر واجبا بسبب السلم ثم أسلم الطالب أو المطلوب بطل السلم واذا انفسخ السلم برئ الاصيل وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وان أسلم الكفيل برئ الكفيل بلا خلاف وبقي الخمر للطالب قبل المطلوب على حاله كذا في المحيط * والاصل أن اسلام الطالب يبطل الخمر أصلا لان امتناع التسليم جاء من قبله لاسلامه واسلام المطلوب كذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لتعذر التسليم وعند محمد رحمه الله تعالى لا يبطل بل يحوله الى القيمة لان الامتناع

بطريقين * أحدهما قضاء القاضي بلزومه لانه مجتهد فيه بأن يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلة عدم اللزوم ويختصمان الى القاضي فيقضي بلزومه وان حكما رجلا فحكم بلزوم الوقف بينهما اختلفوا فيه والصحيح أن بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف وللقاضي أن يبطله * والوجه الثاني للزوم الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يخرجه مخرج الوصية فيقول أوصيت بغلة داري هذه أو بغلة أرضي هذه أو يقول جعلت هذه الدار وقفا فتصدقوا بغلتها على المساكين * وكذا لو أوصى بأن يوقف يجوز من الثلث في قولهم * وعندهما الوقف لازم بغير هذه التكلفات * والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا للآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة رحمهم الله تعالى وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أولها وقف الخليل صلوات الله وسلامه عليه

(فصل في ألفاظ الوقف) أحدها أن يقول أرضي هذه صدقة ولم يزد على هذا فالواجب ما ينبغي لهذا الواقف أن يتصدق بأصلها على الفقراء ولو باعها وتصدق بثمنها جاز أيضا كما لو باع مال الزكاة وأدى الزكاة من الثمن ولا يجبره القاضي على الصدقة لان هذا بمنزلة النذر بالصدقة عند الكل ولو قال أرضي و بين حدودها موقوفة ولم يزد على هذا لا يجوز عند عامة مجيزي الوقف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز و يكون وقفا على المساكين * ولو قال داري هذه موقوفة صدقة أو صدقة موقوفة ولم يزد على ذلك جاز في قول أبي يوسف ومحمد وهلال الرازي رحمهم الله تعالى ويكون وقفا على الفقراء * وقال يوسف بن خالد السمتي رحمه الله تعالى لا يجوز ما لم يقل وآخرها للمساكين أبدا والصحيح قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لان محل الصدقة في الاصل الفقراء فلا يحتاج الى ذكر الفقراء ولا انقطاع للفقراء فلا يحتاج الى ذكر الابد أيضا * ولو قال صدقة موقوفة مؤبدة جاز عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى الا أن عند محمد رحمه الله تعالى يحتاج الى التسليم وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يكون نذرا بالصدقة بغلة الارض و يبقى ملك الواقف على حاله لو مات يكون ميراثا عنه * ولو قال صدقة موقوفة مؤبدة في حياتي و بعد وفاتي جاز عندهم الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما دام حيا كان هذا نذرا بالتصدق بالغلة [illegible] الوفاء بما نذر وله أن يرجع عنه ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث ويكون سبيله سبيل من أوصى بخدمة عبده لانسان فان الخدمة تكون للموصى له والرقبة تكون على ملك المالك حتى لو مات الموصى له بالخدمة يصير العبد ميراثا لورثة المالك الا أن في هذا الوقف لا ينعدم الموصى لهم وهم الفقراء فتتأبد هذه الوصية * ولو قال أرضي هذه وقف ولم يزد على ذلك قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى كان أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى يقول هو على الاختلاف الذي ذكرنا في قوله موقوفة * ولو قال أرضي هذه محرمة صدقة

ما جاء من قبل صاحب الحق بل جاء من قبل من عليه الحق باسلامه والكفيل مطالب في حق الطالب طالب في حق المطلوب * نصراني خالع نصرانيتين على خمر على أن كل واحدة كفيلة فأسلم أو أسلمتا معا برئتا عن الكفالة و يتحول ما عليهما الى القيمة وان أسلمت احداهما يتحول ما عليها قيمة و بقي ما على الاخرى خمرا فان أدت المسلمة القيمة لا ترجع على صاحبتها بشيء وان أدت الكافرة جميع الخمر ترجع على المسلمة بقيمة ما أدت عنها من الخمر فان أسلمتا معا ولم يسلم الزوج يتحول ما على كل واحدة قيمة للكفالة والاصالة جميعا وأيتهما أدت كل القيمة لا ترجع على صاحبتها بشيء ولو تعاقبتا يتحول ما عليهما قيمة وان أدت المسلمة الثانية ترجع على صاحبتها بما أدت عنها وان أدت المسلمة الاولى فلا ترجع على صاحبتها ولو أسلمت احداهما ثم الزوج ثم الاخرى تحول كل ما على الاولى قيمة ولا ترجع على صاحبتها بشيء وتحول قيمة ما على الاخرى أصالة و بطل حق الزوج فيما عليها كفالة * نصراني صالح نصرانيتين عن دم له عليهما على خمر وكفلت كل عن الاخرى فهي كالخلع فيما مر بلا تفاوت كذا في الكافي * ولو أن ذميا ادعى على ذمي خمرا أو خنزيرا وكفل بنفس المدعى عليه مسلم وجعله وكيلا في خصومته ضامنا لما يقضى له عليه جازت الكفالة بالنفس وجازت الوكالة أيضا ولكن يكره فان أقيمت عليه البينة وقضي بالخمر والخنزير هل يلزم الكفيل ذلك فهو على وجهين ان كفل به قبل هلاك الخمر والخنزير ففي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء وان كفل بعد هلاك الخمر والخنزير ففي الخمر لا يلزمه شيء وفي الخنزير ان قضى القاضي على الاصيل بقيمته دراهم أو دنانير لزم الكفيل ذلك وان لم يقض القاضي عليه بالقيمة ففي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يلزم الكفيل شيء لان الحق لا ينتقل عن العين الا بقضاء القاضي فيصير كفيلا بالخنزير وعلى قولهما الحق ينتقل من العين الى القيمة بنفس الاستهلاك فيصير كفيلا بالقيمة وذلك جائز كذا في المحيط * وكفالة المرتد كسائر تصرفاته موقوفة والمرتدة كفالتها جائزة بالاتفاق كسائر تصرفاتها فان لحقت بدار الحرب وسبيت فان كانت الكفالة بالنفس تبطل وان كانت بالمال ولها مال تنتقل الى المال * كفل رجل بمال أو نفس ثم لحق بدار الحرب ثم خرج صح أما لزمه * كفل مسلم لمرتد بنفس غريم ماله ثم لحق المرتد بدار الحرب فورثته على حقه في الكفالة وان رجع واستوفى ورثته بقضاء فالكفيل بريء وان لم يكن فله أن يأخذ الكفيل كذا في محيط السرخسي *

(مسائل شتى)

الكفالة بالدرك جائزة وهي التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ولو كفل بالدرك فاستحق المبيع لم يؤخذ الكفيل

جاز ويكون هذا بمنزلة قوله موقوفة صدقة لان المحرمة بمنزلة قوله موقوفة في لغة أهل المدينة * ولو قال حبست أرضي هذه أو أرضي هذه حبيس لا يكون وقفا في قولهم ولو قال حرمت أرضي هذه أو هي محرمة قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى هذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كقوله موقوفة * ولو قال حبيس موقوف أو حبيس وقف فهو باطل * ولو قال حبيس صدقة قال الفقيه هذا رحمه الله تعالى ينبغي أن يكون بمنزلة قوله صدقة موقوفة * ولو قال هي موقوفة لله تعالى أبدا جاز وان لم يذكر الصدقة ويكون وقفا على المساكين * وكذا لو قال صدقة موقوفة على المساكين ولم يقل أبدا * وكذا لو قال موقوفة لوجه الله تعالى أو موقوفة لطلب ثواب الله تعالى * ولو أوصى بأن يوقف ثلث أرضه بعد وفاته لله تعالى أبدا يكون وصية بالوقف على الفقراء * ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان صح ويصير تقديره صدقة موقوفة على الفقراء لان محل الصدقة الفقراء الا أن غلتها تكون لفلان ما دام

حيا * وكذا لو قال صدقة موقوفة على فلان أبدا أو قال على ولدي أبدا كان الجواب كذلك لانه يصح من غير ذكر الابد فمع ذكر الابد أولى * وعلى قول يوسف بن خالد لا يصح وان ذكر أبدا لان ذكر لفظة أبدا مضاف الى الصدقة على فلان وفلان لا يتأبد فيلغو هذا اللفظ * وكذا لو قال أرضي هذه موقوفة على وجه البر أو على وجه الخير أو على وجوه الخير والبر يكون وقفا صحيحا على الفقراء لان البر عبارة عن الصدقة * ولو قال أرضي هذه موقوفة على الجهاد أو في الجهاد أو في الغزو أو في أكفان الموتى أو في حفر القبور أو غير ذلك من سبيل البر مما يتأبد فانه يصح ويكون وقفا على ذلك السبيل قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى متى ذكر موضع الحاجة على وجه يتأبد فذلك يكفي عن ذكر الصدقة وكذا لو قال موقوفة على أبناء السبيل لانهم لا ينقطعون ويكون لفقراء أبناء السبيل دون أغنيائهم بمنزلة خمس الغنيمة تصرف الى فقراء أبناء السبيل دون أغنيائهم * وكذا لو قال على الزمنى أو على المنقطع صح لانهم يتأبدون ويكون لفقرائهم * ولو قال أرضي موقوفة على فقراء قرابتي لا يصح * وكذا [illegible] لانهم ينقطعون فلا يتأبد الوقف وبدون التأبد لا يصح الا أن يجعل آخره للفقراء * ولو قال على فقراء بني فلان أو على يتامى بني فلان فان كانوا يحصون وكان ذلك في الصحة لا يصح لانه لا يتأبد * وان كانوا لا يحصون صح ويصير بمنزلة الوقف على اليتامى مطلقا أو على فقراء مطلقا * فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين قوله أرضي موقوفة وبين قوله أرضي موقوفة على ولدي فان الاول يصح والثاني لا يصح لان مطلق قوله موقوفة ينصرف الى الفقراء عرفا فاذا ذكر الولد صار مقيدا فلا يبقى العرف * ولو وقف أرضه على مسجد قوم بأعيانهم ولم يجعل آخره للمساكين اختلف المشايخ فيه قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى ينبغي أن يكون هذا على الاختلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى

الكفيل حتى يقضي به على البائع كذا في محيط السرخسي * ويجوز الكفالة بنفس البائع في الدرك كذا في التتارخانية ناقلا عن العتابية * وضمان العهدة باطل على ظاهر الرواية كذا في غاية البيان شرح الهداية * وصورتها أن يشتري عبدا من رجل مثلا فضمن للمشتري رجل بالعهدة * وانما لا تجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم ويطلق على العقد وعلى حقوق العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة كذا في التبيين * وضمان الخلاص باطل أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تفسيره عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشتري لا محالة وهو باطل لانه ضمن بما لا يقدر على الوفاء به ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن صح الضمان لانه ضمن بما يمكنه الوفاء وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق ورد الثمن ان لم يجز المستحق كذا في الكافي * اذا باع رجل دارا مثلا وكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك فكفالته تسليم المبيع واقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه أو ادعى الشفعة أو الاجارة لا تسمع دعواه كذا في التبيين * ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه كذا في الهداية * قال مشايخنا ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء أو كتب جرى البيع بمشهدي أو كتب أقر بالبيع والشراء عندي أما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بأن كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه وكتب هو شهد بذلك لا تصح دعواه بعد ذلك كذا في النهاية * واذا أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل ولا ضمان كذا في المحيط * ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره الاصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا ليبيعه المستقرض بعشرة فيحصل خمسة كذا في الهداية وهو مكروه كذا في الكافي * رجل كفل عن رجل بأمره بمال عليه فقضى الاصيل الكفيل فهذا لا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال اليه وقال اني لا آمن أن يأخذ الطالب منك حقه فخذه قبل أن تؤدي فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب فليس للاصيل أن يسترد في كلا الوجهين فان تصرف الكفيل فيما قبض على وجه الاقتضاء وربح فان ربح له لا يجب عليه التصدق الا أن فيه نوع خبث على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان أدى الاصيل الدين وأما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يطيب فأما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر حنطة قبضه الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي الى الطالب وتصرف

هذا ما استأجر فلان فلانا استأجره سنة كاملة اثنى عشر شهرا متوالية أولها كذا وآخرها كذا بكذا درهما اجارة صحيحة لا فساد فيها البيع هذا الآجر لهذا المستأجر ما رأى بيعه من جميع أصناف أموال هذا المستأجر من العقار وسائر الاملاك والاعيان والمنقول التى يجوز بيعها وما يملكه هذا المستأجر فى مدة الاجارة وقبض هذا الآجر جميع هذه الاجرة المسماة فيه بدفع هذا المستأجر جميع ذلك اليه تاما وبرئ اليه من ذلك كله فما أدرك هذا الآجر من درك الى آخره *

﴿نوع آخر فى توكيل الحاضر الغائب﴾ هذا ما وكل فلان فلانا وكله بكذا ويذكر ذلك على النسق الذى ذكرنا فاذا انتهى الى موضع القبول يكتب وفلان غائب عن مجلس هذا التوكيل وجعل الموكل هذا فلان الى الوكيل هذا فلان قبول ذلك كله اذا انتهى خبره اليه وسلطه على ذلك كله وأشهد على نفسه بهذا كله وذلك يوم كذا فاذا بلغه الخبر وقبله كتب عليه شهدوا أن فلانا يعنى الوكيل أقر طائعا أنه بلغه بتاريخ كذا توكيل فلان اياه بجميع ما فى كتاب الوكالة الذى هذه نسخته * بسم الله الرحمن الرحيم وينسخ الكتاب كله وانه لما بلغه توكيل فلان اياه قبل من فلان جميع ذلك قبولا جائزا صار به وكيلا لفلان بجميع ما وكله به كما ذكر ووصف فيه ويتمه *

﴿نوع آخر فى عزل الوكيل﴾ شهدوا أن فلانا يعنى الموكل أقر طائعا أنه كان وكل فلانا بجميع ما تضمنه كتاب الوكالة الذى هذه نسخته * بسم الله الرحمن الرحيم وينسخ الكتاب ثم يكتب وانه بعد ذلك فى يوم كذا خاطبه بعزله اياه عن ذلك كله وصرفه عنه وأخرجه منه وقصر يده عنه بمحضر من فلان وفلان وفلان وهم الذين أشهدهم على ذلك وأسمع آذانهم ذلك وهم يعرفون هذا الموكل وهذا الوكيل معرفة صحيحة بأعيانهما وأسمائهما وأنسابهما وكتبوا شهاداتهم على جميع ما ذكر ووصف بخطوطهم فى اليوم المسمى فيه فان لم يكن العزل بالمشافهة وبعث اليه من يخبره بذلك ويعلمه به وكتب فيه بعد قولك عزله عنه وقصر يده عن ذلك وجعل الى فلان وفلان اخبار هذا الوكيل بذلك واعلامه بجميع ذلك وأشهد واذا بلغه ذلك فانه زل كتبت فيه شهدوا أن فلانا يعنى الموكل جعل الى فلان وفلان يعنى المبلغين أن يبلغا فلانا أى الوكيل أن موكله فلانا عزله عن كل ما كان وكله بذلك فى كتاب وكالته الذى هذه نسخته * بسم الله الرحمن الرحيم وينسخ الكتاب ثم يكتب وانه كان من فلان وفلان هذين هذا التبليغ والاخبار والاعلام بمحضر من الشهود وهم فلان وفلان وكل ذلك منهما برؤية أعينهم وسماع آذانهم كلامهما بعد أن كان هذا الموكل أشهدهم فى يوم كذا وهو صحيح العقل والبدن أنه قد جعل ذلك الى فلان وفلان هذين وأقامهما مقام نفسه فى ذلك وانهم يعرفون فلانا المعزول معرفة صحيحة بعينه واسمه ونسبه وانه قبل عزل فلان اياه كما عزله عنه عما ذكر توكيله به وكتبوا شهاداتهم بذلك بخطوطهم آخر هذا الكتاب وذلك فى يوم كذا وفى ثابت الوكالة الذى قال له كلما عزلتك فأنت وكيلى به هل يمكن عزله أم لا اختلف المشايخ فيه واختار الشيخ الامام شيخ الاسلام الحسن بن عطاء ابن حمزة رحمه الله تعالى أنه يمكن بهذه اللفظة فيكتب قال انت أنت وكيلى بكذا على أنى كلما عزلتك فأنت وكيلى به وكالة مستقبلة وقد عزلتك الآن عن وكالاتى كلها المطلقة منها والمعلقة وأجمعوا أنه لو قال له كلما صرت وكيلى فقد عزلتك عن ذلك لم يصح هذا وتعليق العزل بالشرط باطل فأما الاطلاق فصحيح والله تعالى أعلم وعند بعض مشايخ أهل البصرة لا ينعزل عن كلها بهذه اللفظة لكن يقول عزلتك عن الوكالات الثابتة

ادن أولادا الخائك يكفر * قال ان كان ما يقوله الانبياء حقا فقد نجونا يكفر لانه شك فى صدق الانبياء * قال القائل على كلقام ملك الموت ان قاله لكراهة الموت لا يكفروان قال اهانة لملك الموت يكفر * ادعى رجل النبوة فقال رجل هات بالمعجزة قيل يكفر وقيل لا وعن الثانى رحمه الله انه قال عند الخليفة كان عليه السلام يحب الدباء فقال رجل من الجلساء لا أحبه فقال الامام الثانى رحمه الله هاتوا بالنطع والسيف فتاب الرجل فترك الامام وهذا محمول على انه قاله على سبيل الاستخفاف * قال لشعر سيدنا عليه السلام شعرك أو زرويذك بود أوجانه وى ريم ونايال بود أو كان طويل الظفران قاله بطريق الاستخفاف كفر * رد حديثا ان كان متواترا كفر قال لابنه اى حرام زاده وشركه بدين نام است واسمه اسم النبى عليه الصلاة والسلام لا يكفر * قال كلما أكل النبى عليه الصلاة والسلام لحس أصابعه فقال اين بى ادبيست كفر * قيل قلم الاظافر سنة لما قال النبى عليه السلام فقال لا أفعل ان كان سنة كفر * ومن قال جن النبى عليه السلام كفر * ومن قال أغمى لا يكفر * ومن سمع حديثه عليه السلام فقال سمعناه كثيرا بطريق الاستخفاف يكفر * قيل لدهرى قال عليه السلام ما بين منبرى وروضتى روضة من رياض الجنة فقال الدهرى هذا ارى المنبر والقبر ولا ارى الروضة يكفر والحاصل أنه اذا استخف بسنة أو حديث من أحاديثه عليه السلام كفر وتحت هذا الاصل فروع كثيرة ذكرناها فى الفتاوى

﴿الرابع فى الايمان والاسلام﴾

مسلم دعا على غيره فقال خداى جان وى بكافرى استاند اختلفوا قال الفضلى لا يكون كافرا وقيل يكفر * وفى السير مسئلة تدل على ان الرضا بكفر غيره ليس بكفر وهى ما اذا أخذ المسلمون أميرا وخافوا أن يسلم فلطموا أى سدوا فمه حتى لا يأتى بكلمة الاسلام فقد أساؤا فيه ولم يقل كفروا دل أن الرضا بكفر غيره ليس بكفر قال السرخسى ولا دلالة فيه على ما قالوا لانهم انما فعلوا ذلك لعلمهم أنه يظهر الاسلام ولا يسلم حقيقة فلا يكون هذا رضا بكفر الغير أجيب عنه بأنا مكلفون باتباع الظاهر قال الله تعالى ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلام لست مؤمنا وقال عليه السلام

الثابتة ورجعت عن الوكالات المعلقة فيبطل ذلك كله بهذه اللفظة وينبغى أن يقدم الرجوع عن الوكالة المعلقة على العزل عن الوكالة الثابتة وقد مر ذلك فى كتاب الوكالة *

﴿نوع آخر فى توكيل الغريم ببيع دار ان لم يؤد دينه على وجه لا ينعزل﴾ أقر فلان أن لفلان عليه وفى ذمته كذا درهما مؤجلا الى مدة كذا وأنه ان لم يوفه هذا المال عند محل هذا الاجل وآخره ثلاثة أيام ولياليها فقد وكله ببيع داره التى هى فى موضع كذا ويحددها بما أحب من الثمن أو يكتب بكذا درهما ممن شاء ويقبض ثمنها اقتضاء بدينه توكيلا صحيحا على أنه متى عزله عن هذه الوكالة قبل وصول هذا الدين اليه وقبل براءته عنه فهو وكيله بهذا البيع وهذا القبض وكالة مستأنفة والله تعالى أعلم كذا فى المحيط *

﴿واذا أردت أن تكتب وكالة بطلب الشفعة﴾ كتبت هذا ما وكل فلان فلانا بطلب شفعته فى دار كذا ويحددها وأخذها بشفعته وباثبات كل حجة وبينة له فى ذلك وبالقيام بجميع ذلك مقامه وبالخصومة والمنازعة فيه وبدفع الثمن اليه وبقبضه الدار له بشفعته ولم يجعل اليه تسليم شفعته فيها ولا اقراره عليه فى ذلك بشئ ولا تعديله شاهدا يشهد عليه بشئ يطالبه فى ذلك حقا وقبل فلان ذلك

﴿واذا أردت كتابة المضاربة﴾ كتبت هذا ما دفع فلان الى فلان كذا كذا درهما أو دينارا ويصف النقد ويبالغ فى صفته وبيان مقداره مضاربة صحيحة ليعمل فيها هذا المضارب ويشترى بها ما بدا له من السلع والامتعة ثم يبيع ما اشترى نقدا أو نسيئة ويتجر فى مال المضاربة ما رأى من أنواع التجارات ويوكل من يشترى بمال المضاربة ويبيع المشترى ممن شاء وأحب هذا المضارب ويتجر فيه ما رأى من أنواع التجارات ويسافر ان أحب فى دار الاسلام أو فى دار الحرب وينفق منها على نفسه اذا سافر بها فيما لا بد له منه ويعمل فى جميع ذلك برأيه على أن ما رزق الله تعالى من الفضل والربح فى ذلك فهو بينهم مانصفان وما كان فى ذلك من وضيعة وخسران فهو على رب المال ان لم يكن فيه ربح وان كان فيه ربح فهو مصروف الى الربح وقبض هذا المضارب جميع مال هذه المضاربة قبضا صحيحا وتفرقا عن مجلس هذا العقد بعد صحته وتمامه تفرق الاقوال والابدان وأقرا بذلك كله طائعين كذا فى الظهيرية *

﴿الفصل الخامس عشر فى الكفالات﴾ هذا ما شهد الى قولنا ان فلانا كفل بنفس فلان بأمره لخصمه فلان ليسلم نفسه اليه متى ما ادعاه وطالبه بتسليم نفسه اليه فى أى وقت طلبه من ليل أو نهار بحيث يمكنه مطالبته بحقه بغيره اثل بينه وبينه بغير مانع له منه وقبل فلان هذه الكفالة مشافهة ومواجهة وان شاء الكاتب يكتب أقر فلان أنه كفل بنفس فلان بأمره لخصمه فلان ليسلم نفسه اليه متى ما ادعاه الى آخره وان أراد زيادة التوثيق فى ذلك يكتب على أنه كلما برئ هذا الكفيل الى هذا المكفول له من هذا المكفول به كان كفيلا له به على حاله ما بقى عليه شئ من دينه وهو كذا الذى صك بتاريخ كذا يحضره اذا ادعاه متى ما ادعاه الى آخره والله تعالى أعلم كذا فى المحيط *

﴿واذا كان كفيلا بالنفس والمال جميعا﴾ كتبت أقر فلان فى حال جواز اقراره أنه كفل بنفس فلان لخصمه فلان بن فلان يسلم نفسه اليه متى طلب منه تسليم نفسه وان لم يسلم نفسه اليه يوم الطلب يصير ضامنا عن هذا المكفول عنه لهذا المكفول له جميع ما لهذا المكفول له على هذا المكفول عنه وهو كذا درهما أو دينارا كفالة صحيحة رضى بها هذا المكفول له وأجاز ذلك بنفسه فى مجلس الكفالة اجازة صحيحة

لمن أنكر كونه آتيا بكلمة الاخلاص بقلبه هلا شققت عن قلبه فالحكم ظاهر فى منع الايمان الظاهرى وانه هو ايمان معتبر فى الشرع فيكون الرضا بترك الايمان متحققا ومع ذلك لم نجعله كفرا وقد قال الله تعالى حاكيا عن كليمه عليه السلام واشدد على قلوبهم فلا يؤمنوا حتى يروا العذاب الاليم ومعلوم أن الايمان بعد معاينة العذاب لا يقبل وقد قصه الله تعالى علينا من غير انكار فهو هذا الدعاء بالكفر الى الموت والانسان انما يدعو بما يحب ويطلب ويرضى بوقوعه دل أن الرضا بكفر غيره اذا استقبح الكفر لا يكون كفرا وطلب موت الظالم على الكفر من قبيل استقباح الكفر وقد نص بكر رحمه الله أنه اذا دعا على ظالم وقال أماتك الله على الكفر لا يكفر لانه يطلب سلب الايمان منه حتى ينتقم الله منه على ظلمه وايذائه الخلق وأما الرضا بكفر نفسه أو الرضا بكفر غيره مستجيزا أو مستحسنا لا كفر كفر ويجوز أن يكون كلام المشايخ الرضا بالكفر كفر محمولا على هذا * ومن قال بخلق القرآن فهو كافر ومن قال ان الايمان مخلوق فهو كافر كذا فى كثير من الفتاوى وعن الامام أن الايمان غير مخلوق وكذا روى عن كثير من السلف وقال الامام محمد ابن الفضل من قال الايمان مخلوق لا تجوز الصلاة خلفه ووقعت هذه المسئلة بفرغانة فأتى بمحضر منها الى بخارى فاتفقوا على أنه غير مخلوق والقائل بخلقه كافر وأخرج صاحب الجامع الامام البخارى من بخارى بسببه قال الامام النسفى الايمان فعل العبد بهداية الرب والتعريف من الله تعالى والمعرفة والتعرف من العبد والهداية والتوفيق والاكرام والعطاء من الله تعالى والاهتداء والجد والعزم والقصد والقبول من العبد فما كان من العبد فهو مخلوق لان العبد مخلوق بكل صفاته وما كان من الله تعالى فهو غير مخلوق وكل من لم يميز بين صفة الله تعالى وصفة العبد فهو ضال فلما كان الايمان عبارة عما ذكرنا لم يصح القول بأنه مخلوق ولا يجوز أن يقال الايمان عطاء من الله تعالى لان العطاء ما يكون المعطى له على خيرة فى قبوله متمكنا من رده والايمان ليس كذلك فلا يكون عطاء وذكر الامام السيد أبو شجاع العلوى فى هذه المسئلة

وصدقه فيه خطابا وان كان في الكفالة أجل يكتب بعد قوله نخصمه فلان ليسلم نفسه اليه بعد مضي شهر واحد من هذا التاريخ متى طلبه منه لنفسه اليه بعد ذلك كذا في الظهيرية *

﴿نوع آخر في تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس﴾ يكتب ماذكرنا في كفالته بالنفس ثم يكتب قبل ذكر القبول على أنه ان لم يواف به يوم كذا أو حين طالبه بتسليم نفسه اليه كان كفيلا له بجميع هذا المال الذي يدعيه عليه وهو كذا أو بجميع ما ثبت عليه من الدين بالحجة لا يعتل بعلة ولا يحتج بحجة على أن لهذا الطالب بعد ذلك أن يأخذ كل واحد من فلان الكفيل وفلان المكفول عنه بجميع هذا المال ان شاء أخذهما بذلك جميعا وان شاء أخذ أحدهما بذلك متى شاء وكيف شاء وكلما شاء ولا براءة لهما ولا لواحد منهما من شئ من هذا الدين حتى يصل اليه كله أو تقع البراءة عن جميعه بوجه من الوجوه وكان ذلك كله بأمر فلان لهذا المطلوب وأشهدوا على أنفسهم بذلك الى آخره واذا شرط التسليم في بلد فسلمه اليه في بلد آخر برئ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان في موضع ينتصف منه وعندهما لا يبرأ الا بالتسليم في المكان المشروط وكذا اذا عين مجلس القاضي للتسليم فيه واذا امتنع المكفول عنه عن تسليم نفسه الى الكفيل ليسلمه الى المكفول له فان أقر أنه كفل بأمره أجبر على تسليم نفسه الى الكفيل ليسلمه الى الطالب وكذا لو كان في بلد آخر أجبر على الشخوص الى بلد الطالب فان أنكر وحلف ولا بينة على ذلك لم يجبر عليه

﴿وجه آخر لبناء الكفالة بالمال على الكفالة بالنفس كفالة صحيحة جائزة هو أحوط في حق الكفيل﴾ أن يكتب الى قوله على أن يدفع فلانا الى فلان يوم كذا على أنه ان لم يدفع اليه متى طالبه به يوم كذا فعليه جميع ماله عليه من المال وهو كذا وفائدة قولنا متى طالبه يوم كذا أن الطالب عسى لا يطالبه يومئذ احتيالا لايجاب المال على الكفيل فنظرنا للكفيل بهذا الشرط فان كفل جماعة بنفس رجل ذكرت ذلك وذكرت على أن يطالبهم ويطالب كل واحد منهم بنفس هذا الرجل المكفول به وعلى أن كل واحد منهم كفيل لهذا الطالب بنفس أصحابه بأمر أصحابه حتى يدفعوا فلانا الى فلان ويسلموه اليه ويتم الكتاب *

﴿نوع آخر في الكفالة بالمال﴾ هذا ما شهد الى قولنا انه ضمن لفلان عن فلان بأمره جميع ماله على فلان وهو كذا ضمانا صحيحا فوجب هذا المال لفلان على فلان بالضمان الموصوف فيه فلفلان أن يأخذه به وبما شاء منه ومتى شاء وكيف شاء وكلما شاء وفي الكفيلين يكتب فلفلان هذا أن يأخذهما به وبما شاء ان شاء أخذهما جميعا بذلك وان شاء أخذهما به شتى كيف شاء وكلما شاء واحدا بعد واحد جميعا وشتى لا براءة لكل واحد منهما بأخذ فلان أحدهما بذلك دون صاحبه حتى يستوفي جميع ذلك وكل واحد من فلان وفلان وكيل صاحبه بأمر صاحبه في خصومة فلان فيما يطالب به صاحبه في ذلك من حق وقبل كل واحد منهما الوكالة فيه من صاحبه شفاها وقبل فلان منهما جميعا هذا الضمان شفاها وان شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بكله يكتب وكل واحد من هذين الكفيلين ضامن لهذا المكفول له حصة صاحبه بأمره من هذا المال فله أن يطالبهما وكل واحد منهما بجميع هذا المال ان أحب فان كان بغير أمره كتب بغير أمره

﴿نوع آخر في ضمان الابن بعد موت الاب﴾ هذا ما شهد الى قولنا ان لفلان على والده كذا درهما دينا لازما وحقا

كلاما كثيرا يتطرفيه * قال لآخر مسلما فقال لعنت برتو برمسلماني تو يكفر قال لا أدري أخرج من الدنيا مؤمنا أو لا لا يكفر * رجل يعصي ويقول مسلماني آشكارا باد يكفر * أسلم كافر فأعطى له شئ فقال مسلم ليته كان كافرا فيسلم حتى يعطوه شيئا كفر * أسلم نصراني فقالت أمه فقال ليتني لم أسلم الى هذا الوقت يكفر لانه تمنى الكفر وذا كفر * كافر أسلم فقال رجل تراجه بد آمد از دين خود يكفر ولو قال روز كار كافري است و روز كار مسلماني نيست يكفر * كافر جاء الى رجل وقال أعرض علي الاسلام فقال اذهب الى فلان يكفر وقال الفقيه لا يكفر

﴿الخامس في الاقرار بالكفر﴾ ضرب عبده أو ولده كثيرا فقيل له ألست بمسلم فقال لا قيل يكفر اذا قال عمدا وان قال غلطا لا يكفر * ولو قال هب أني لست بمسلم لا يكفر وقيل في قوله لست بمسلم لا يكفر أيضا قياسا على هذا الآن معناه عند الناس أفعاله ليس بأفعال أهل الاسلام * قال لآخر خوارزمي تو يا مغ فقال الرجل مجيبا له مغ ويزعم انه لم يعتقد بذلك المجوسية قال عبد الكريم ان قال أردت بذلك الكفر لكني لم أعتقده يكفر والمسئلة في الجامع وقوله في أول المسئلة خوارزمي تو يا مغ كان في أول الامر حين كان خوارزم بلاد المجوس فأما الآن وان كان أكثر أهلها من المعتزلة فليس فيه مجوسي * ولو قال ألست بمسلم فقال لا أو قال لامرأته يا كافرة فقال دهعينم طلاق ده مرا ا كرهعنين نيمي با نوعي باشمي تكفره ولو قالت اكر چنينم مرا انداز لا تكفر * قال لغيره اى مغ اى ترسا اى جهود لا يكفر عند أكثر العلماء فان قال المخاطب بوي او سكت لا يكفر وان قال المخاطب نحن كذلك يكفر * قال لآخر يا كافر فقال لا بل أنت لا يكفر * قال لولده اى مغ بچه لا يكفر عند الاكثر * ولو قال لجاريته اى كافر وحنا خواند وقد نجت عنده لا يكفر قال لآخر أي يهودي فقال لبيك أو قال جهود كه يكفر * علم امرأة الردة لتبين من زوجها تكفر المعلم قال الفقيه ان علمها وأمرها بالردة يكفر والا لا * قال أنا مخلد يكفر * ولو قال النصرانية خير من اليهودية يكفر لانه أثبت الخيرية لمنحو

وحقا واجبا وان والده فلانا توفي وصار في يده ميراثه وهو كذا من الدراهم أو ضيعة كذا قيمته تفي بهذا الدين وزيادة وانه ضمن لفلان عن والده جميع هذا المال وهو كذا ضمانا صحيحا جائزا وقبل منه فلان هذا الضمان شفاها فصار جميع هذا المال لفلان على فلان بالضمان الموصوف فيه لا امتناع لفلان من دفع هذا المال اليه متى طالبه بحق يدعيه قبله من بينة أو يمين ولا حجة له في ابطال ما ضمن لفلان بوجه من الوجوه وأشهدوا على أنفسهم بذلك الى آخره وانما كتب أنه صار في يده تركة لان أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو لم يترك مالا وضمن عنه انسان لم يجز فان احتيج الى هذا ولم يترك ميراثا كتبت وانه توفي ولم يخلف مالا وأراد هذا الابن تبريد جلدته وفراغ ذمته فضمن عنه المال رعاية لحقه وقياما بواجبه وحكم حاكم جائز الحكم فيما بين المسلمين بصحة هذه الكفالة ولزوم هذا الضمان ويتم الكتاب *

﴿وثيقة اقرار المكفول عنه للكفيل بما أدى عنه﴾ يكتب شهدوا أن فلانا أقر طائعا أنه كان لفلان عليه كذا درهما دينا لازما وحقا واجبا بسبب صحيح وأن فلانا كفل عنه بهذا الدين لهذا الطالب بأمره كفالة صحيحة وأن هذا الكفيل قد أدى عنه جميع هذا المال وله عليه هذا الدين حالا لا امتناع له عن أدائه فلا دعوى له بوجه من الوجوه توجب ابطاله عنه ولا براءة له الا بأداء جميع ذلك اليه وهو يومئذ قادر على أدائه وصدقه هذا الكفيل المقر لهم بذا مواجهة ويتم الكتاب كذا في المحيط *

﴿الفصل السادس عشر في الحوالة﴾

يكتب هذا ما شهد عليه الشهود المسمون آخر هذا الكتاب شهدوا جميعا أن فلانا أقر أنه كان لفلان على فلان كذا درهما حقا واجبا ودينا لازما بسبب صحيح وأن فلانا أحال هذا الطالب بجميع هذا المال على فلان وقبل هو هذه الحوالة بجميع هذا المال برضا هذا الطالب مخاطبة في مجلس هذه الحوالة فصار جميع هذا المال عليه لفلان هذا الطالب بالحوالة الموصوفة فيه لا امتناع لفلان عن فلان من دفع هذا المال متى طالبه به بحق يدعيه قبله في ذلك من بينة أو يمين ولا حجة له في ابطال هذا المال المبين فيه بوجه من الوجوه وسبب من الاسباب ويتم الكتاب

﴿ولو كان للمحيل على المحتال عليه مال فأحال بذلك مقيدا به﴾ كتبت كان لفلان على فلان كذا ولفلان على فلان كذا فأحاله عليه فقبل الحوالة على أن يدفع اليه ذلك من المال الذي له عليه فان كان كفل عنه بشرط براءة الاصيل فهي حوالة عندنا ويكتب ذلك على الوجه وألحقت به حكم الحاكم بعد خصومة صحيحة ولو كان الدين به صك وله تاريخ ذكرت دينا واجبا بسبب صحيح وقد بذل له كتاب الاقرار بتاريخ كذا وان كان الدين ثمن مبيع أو ضمان شئ أو بسبب آخر وثبت ذلك صح وكان أوضح فان كانت الحوالة بأجل كتبت وبرئ هذا المحيل وسقط عنه هذا المال وثبت ذلك للمحتال له بحق هذه الحوالة على هذا المحتال عليه وأجل هذا المحتال له هذا المحتال عليه كذا شهرا من تاريخ هذا الكتاب وأمهله فيطالبه بعد حلول هذا الاجل كيف شاء ومتى شاء لا براءة له ولا امتناع له عنه وقت أدائه هذا المال بتمامه اليه ولو شرط الرجوع على المحيل عند العجز كتبت فان لم يصل هذا المال الى هذا المحتال له وعجز عن استيفائه من هذا المحتال عليه بموته وغيبته أو اعدامه أو افلاسه أو لتمرده أو لانكاره هذه الحوالة رجع به على هذا المحيل وطالبه به وقبل ذلك

قبيح شرعا وعقلا اثبات قبحه بالقطعي والمذكور في كتب أهل السنة أن المجوسي أسعد حالا من المعتزلة لاثباتهم المجوس خالقين فقط وهؤلاء خالقا لا عدله وفيه اثباتا ثنوية للمجوس على المعتزلة القدرية أجيب عنه بأن المنهي هو كونهم خيرا من كذا مطلقا الا كونهم أسعد حالا بمعنى أقل مكابرة وأدنى اثباتا للشركة اذ يجوز أن يقال كفر بعض أخف من بعض وعذاب بعض أدنى من بعض وأهون أو الحال بمعنى الوصف كذا قيل ولا يتم وقد قيل المنع من قولهم اليهودية خير من النصرانية باعتبار أن كفر النصارى أغلظ من كفر اليهودي لان نزاعهم في الذوات ونزاع النصارى في الالهيات وقوله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله كلام طائفة قليلة كما صرح به في التفسير وقوله لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ولتجدن أقربهم مودة الآية لا يرد على هذا لان البحث في قوة الكفر وشدته لا في قوة العداوة وضعفها اذا تأملت النصوص بعلتها ومعلولها وحينئذ لا يتجه الاعتراض * دعي الى الصلح بين يدي رجل فقال تراجه ده كنم وصلح نكنم لا يكفر * ولو قال فلان أزمن كافر تر است أو قال دل تنك شدم كه خواستم كافر شدن يكفر * اذا قال لغيرها كافرا أو لمرأة يا كافرة ولم يقل المخاطب شيأ قال الفقيه أبو بكر الاعمش البلخي على انه كافر وقال الفقيه أبو الليث وبعض أئمة بلخ لا يكفر والمختار في مثل هذه المسائل أنه اذا أراد الشتم ولا يعتقده كافرا لا يكفر وان اعتقده كافرا فخاطبه على اعتقاده أنه كافر كفر لانه لما اعتقد المسلم كافرا فقد اعتقد دين الاسلام كفرا ومن اعتقد دين الاسلام كفرا فهو كافر فاذا قال لكافر أو لكافرة أبي أو أمي لا يكفر لان المسلم قد يكون له أب وأم كافر فان الخليل عليه السلام وعلى الحبيب عليه الصلاة والسلام مما ثبت بالآية ولو قال هر ساعت مرا ازين كافري مي كير ولا يكفر بخلاف قوله هر زمان كافر شوم * تكلم بكلمة ليست بكفر فقال له رجل كفرت بهذه الكلمة فقال كافر شده كير يكفر * وعظ فاسقا وندبه الى التوبة فقال بعد اليوم أضع على رأسي قلنسوة المجوس يكفر لان وضع تلك القلنسوة كشد الزنار علامة الكفر وسيأتي ان شاء الله تعالى فاخبر أنه يكفر بعد حين فزال التصديق

كله هذا المحيل وصدق بعضهم بعضا في ذلك كله مواجهة ومن الزيادة في توثيق هذا وأطلق له هذا المحيل قبض ذلك والمنازعة والمحاكمة الى من شاء من الحكام وأطلق له التوكيل في ذلك ان شاء وعزله مرة بعد مرة توكيلا صحيحا كذا في المحيط *

﴿نوع آخر﴾ أقر فلان طائعا انه كان له على فلان كذا حقا واجبا ودينا لازما وأنه كان أحال غريمه فلانا بهذا المال على هذا المطلوب وكان هو قبل هذه الحوالة منه ثم أحال هذا المحتال عليه هذا المحتال له على غريمه فلان به فقبل فلان هذه الحوالة ثم غاب هذا المحتال عليه الثاني عن البلدة الى بلدة كذا فعجز هذا المحتال له عن استيفاء حقه منه فرجع على محيله (١) ومحيله أيضا بهذا العجز رجع على محيله وقد شرط ذلك في الحوالة فاستوفى فلان هذا المال من فلان ثم ان هذا المحتال عليه الثاني لما حضر من كورة كذا طالبه هذا المحيل الاول باداء هذا المال المحتال اليه بسبب بطلان هاتين الحوالتين ورجوع البعض على البعض فقبض واستوفى هذا المال بتمامه من هذا المحتال عليه وأقر المحيل الاول طائعا بهذا القبض واستيفاء جميع ذلك بايفاء هذا المحتال عليه ذلك له كله اليه واستيفائه منه وأبرأه عن كل الدعاوى والخصومات ابراء صحيحا قاطعا للدعاوى والخصومات ولم يبق له عليه ولا عنده شيء الى آخره ودين له كل درك يلحقه من فلان وفلان ومن جهة غيرهما ضمانا صحيحا وقبل هذا المقر لهذا الاقرار منه مشافهة، أشهدنا والله تعالى أعلم كذا في الذخيرة *

﴿ولو كان أحاله على رجل للمحيل عليه مال﴾ كتبت هذا ما شهد عليه الشهود المسمون في آخره أن لفلان على فلان كذا ولفلان على فلان كذا فأحاله عليه فقبل الحوالة على أن يدفع اليه ذلك من المال الذي له عليه الى آخره كذا في الظهيرية *

﴿الفصل السابع عشر في المصالحات﴾ واذا أردت كتابة الصلح عن الدعاوى والخصومات بأسرها كتبت أقر فلان بن فلان الفلاني الى آخره أنه صالح فلانا عن جميع الدعاوى والخصومات التي له قبله على كذا دينارا صلحا صحيحا قاطعا للدعاوى والخصومات وانه قبل منه قبولا صحيحا ونقده بدل الصلح في مجلس الصلح هذا فقبضه المصالح هذا قبضا صحيحا ولم يبق له عليه بعد هذا الصلح دعوى ولا خصومة لا قليل ولا كثير لا قديم ولا حديث لا في الصامت ولا في الناطق لا في الحيوان ولا في الاعيان لا في المنقول ولا في المحدود ولا في الدراهم ولا في الدنانير ولا في شيء ينطلق عليه اسم المال والملك بوجه من الوجوه وسبب من الاسباب أقر بذلك كله اقرارا صحيحا وصدقه قابل الصلح هذا (وهذه الصورة أصل في جميع المصالحات)

﴿واذا كان الصلح عن دعوى كانت للصغير على أجنبي﴾ فان كان المصالح والد الصغير يكتب أقر فلان ابن فلان أنه صالح فلانا عن كل خصومة كانت لولده الصغير اسمه كذا ولا ولد له بهذا الاسم سواه على كذا درهما بعدما علم يقينا أن هذا الصلح خير لهذا الصغير من التمادي في الخصومة اذا لم يكن للولد الصغير هذه بينة عادلة يقيمها على اثبات هذا الحق للصغير وكان المدعى عليه منكرا أو كان للمدعى عليه دفع صحيح وقبل فلان هذا الصلح منه قبولا صحيحا وقبض المصالح هذا هذا البدل لهذا الصغير قبضا صحيحا في مجلس الصلح وان كان المصالح أجنبيا وقد أذن له القاضي في الصلح كتبت أقر فلان بن فلان وهو المأذون له في هذه

(١) قوله ومحيله أيضا بهذا العجز الى آخره هكذا وجد في الاصول المنقول عنها فليتأمل اهـ

المصالحة

كل ما فعلته المستقر بهذا العزم * قالت لزوجها كافر بودن به تراز باتو بودن نكفر لان المقام مع الزوج فرض زجت الكفر على الفرض * من أمور الاسلام أعطته للكفار ان فعلت كذا وفعل لا يكفر ولا يلزم كفارة يمين * قالت كافرم كه جنين كارنى كنم قال أبو بكر محمد بن الفضل يكفر للحال وقال السغدي انه تعليق ويمين وليس بكفر * قالت ان جفوتني كفرت أو قالت ان لم تشتر لي كذا كفرت في الحال وضع قلنسوة المجوس على رأسه قيل لا يكفر لانه موحد بلسانه مصدق بجنانه

﴿السادس في التشبيه﴾

وقد قال الامام رحمه الله لا يخرج أحد من الايمان الا من الباب الذي دخل فيه والدخول بالاقرار والتصديق وهما قائمان وقيل يكفر لانه علامة الكفر ولا يلبسها الا من التزم التمجس والاستدلال بالعلامة والحكم بما دلت عليه مقرر في العقل والشرع فان الصانع انما علم بالعلامة وهي حدوث العالم الدال على وجوده واتصافه بالصفات التي لا يقدر على الخلق الا بعد وجود تلك الصفات وقد جاء الشرع بتقريره حيث قال حاكيا عن شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل ان كان قميصه قد من دبر الآية وان شد الزنار ودخل دار الحرب كفر قال الاشتروشني ان فعل ذلك لتخليص الاسير لا يكفر ولو دخل للتجارة كفر وقيل في مسألة القلنسوة ان وضعه على رأسه لان البقرة لا تعطيه اللبن الا به لا يكفر وكذا اذا لبسه لدفع البرد والمختار أنه يكفر لان دفع البرد يمكن باللبس بعد التمزيق فلا ضرورة على لبسها على تلك الهيئة * لف على وسطه حبلا وقال هذا زنار لا يكفر وأكثرهم على انه يكفر لانه تصريح بالكفر بخلاف الاول * ولو وضع على رأسه شبه قلنسوة المجوس من العمامة المختار عدم الكفر وقد ذكرنا أن لبس السراغوج وتعليق البارزة ليس بكفر أما لو قال لغيظ لحقه سراغوج بندم وظن انه كفر يكفر وكذا لبس السواد والسراغوج على هيئة الخطأ وقال يحتشي آمد يكفر بهذه اللفظة لا باللبس وكذا اذا لبس قلنسوة المغول لانه علامة ملكية لا تعلق له بالدين * مر بمحلة النصارى وهم يشربون

المصالحة للصغير فلان من جهة القاضي فلان بن فلان في هذه المصالحة وقبض بدل الصلح أقر في حال جواز اقراره في الوجوه كلها طائعا أنه صالح فلانا وهو المدعى عليه عن كل خصومة كانت لهذا الصغير عليه باذن القاضي المذكور فيه اذ لم يكن لهذا الصغير وصي لا من جهة أبيه ولا من جهة أخرى على كذا درهما صلحا صحيحا بعدما علم يقينا أن هذا الصلح خير لهذا الصغير المذكور فيه على الوجه المبين فيه ثم يتم الكتاب الى آخره كذا في الظهيرية *

﴿الصلح عن الدعوى على الصغير وللمدعي بينة﴾ أقر فلان بن فلان أنه كان يدعي على الصغير المسمى فلان ابن فلان بحضرة والده أو يقول بحضرة وصيه في وجهه أن جميع كذا ملكه وحقه بسبب صحيح وفي يد هذا الاب أو هذا الوصي بغير حق وكان يطالبه بقصر يده عنها وتسليمها اليه وكان ذو اليد هذا ينكر دعواه هذه منها قائلا انها املاك هذا الصغير وحقه في يد أبيه هذا أو وصيه هذا بحق وليس عليه قصر يده عنها وتسليمها اليه وكان لهذا المدعي شهود معروفون بالعدالة وجواز الشهادة وكانت المصالحة على المال المذكور في هذا الكتاب خيرا للصغير من التمادي في الخصومة فمالا الى الصلح واصطلحا من هذه الدعوى على أن يعطي هذا الاب من مال هذا الصغير لهذا المدعي كذا درهما فصالحه على ذلك وقبل منه ذلك مشافهة وقبض منه بدل هذا الصلح بايفائه ذلك من مال هذا الصغير ولم يبق له على هذا الصغير دعوى شيء في ذلك كله لا في عينه ولا في نفسه ولا في قيمته ولا في غلته ولا في حق لا قديم ولا حديث وصدقه في هذا الاقرار من له حق التصديق مشافهة مواجهة ويتم الكتاب بعدما يلحق به حكم الحاكم كما مر كذا في الذخيرة *

﴿اذا أردت كتابة صلح جرى بين امرأة وبين ورثة زوجها﴾ كتبت هذا ما شهد عليه الشهود المسمون الخ أن فلان بن فلان كان زوج هذه المرأة فلانة بنت فلان بنكاح صحيح وأنه مات وخلف من الورثة زوجته ومن البنين كذا ويسمي عدد الورثة وخلف من التركة في أيديهم من الضياع كذا ويبين حدودها ومن الدور والبيوت كذا كذا ومن الحوانيت كذا ويبين حدودها ومن الغلمان كذا ويسمي ويحلي ويبين جنسها وسنها ومن الثياب كذا ويبين عددها وجنسها وصفتها وقيمتها ومن الدواب من الخيل كذا ومن البغال كذا ومن الحمير كذا فيصف كل مال بصفة يعلم بها وكان لها الثمن من ذلك بعد بقية المهر وانها ادعت عليهم حقها من الثمن وبقية المهر وهو كذا وانهم لم يقروا ولم ينكروا وكان الصلح خيرا لهم دينا ودنيا فصالحتهم بعد معرفتها جميع ذلك شيئا فشيئا على حقيقة ما فيه لم يكن شيء منها دينا على أحد من الناس ولم تكن مشغولة أيضا بدين على هذا الميت ولا وصية غير دينها أو يكتب وقد كان تعين ما كان دينا على الناس ووقع القضاء لمن كان له على هذا الميت دين برضا جميع الورثة واذنهم صالحتهم عن حقها في الثمن والمهر على كذا صلحا جائزا نافذا لا شرط فيه ولا مثوبة ولا فساد ولا خيار وقبضت منهم جميع ما وقع عليه الصلح بدفعهم ذلك اليها وسلمت اليهم جميع ما وقع عنه الصلح فارغا عما يشغله عن القبض والتسليم لجميع ما سمي ووصف في هذا الكتاب بحدوده وحقوقه وجميع متاع الغلمان والجواري (١) وكساهم وسروج الخيل ولجمها وجميع متاعها وما يعرف به من أكف البغال والحمير وغير ذلك وثمار الكروم والبساتين والارضين

(١) قوله وكساهم جمع كسوة اهـ كذا وجد في نسخ الخط ومثله في كتب اللغة اهـ

الخمر بالمطرب فقال رس بايدعيان بستر و با ايشان بودن دو نيار اخوش كذا اشتغ اتفقوا على أنه يكفر فانه مذكور في الذخيرة * معلم صبيان قال اليهود خير من المسلمين بكثير يعطون حقوق معلمي صبيانهم يكفر * جرى بين الرجلين كلام فقال أحدهما لصاحبه الكفر خير مما أنت تفعله قال الفقيه أبو الليث ان أراد تقبيح معاملته دون تحسين الكفر لا يكفر وقيل يكفر والمختار هو الاول * ولو قال كافرى كردن به از خيانت بكفر * الخروج الى نيروز المجوس والموافقة معهم فيما يفعلونه في ذلك اليوم كفروا أكثر ما يفعل ذلك من كان أسلم منهم فيخرج في ذلك اليوم ويوافق معهم فيصير بذلك كافرا ولا يشعر به * اجتمع المجوس يوم النيروز فقال مسلم خوب سيرت نهاوند يكفر وكذا لو قال مي وسياحه بشود اين سال يكفر * اتخذ مجوسي دعوة لحلق رأس ولده ودعا الناس اليه فحضر بعض المسلمين دعوته وأهدى اليه شيئا لا يكفر وقد كانت واقعة بسربل وهي ان واحدا من مجوس سربل اتخذ دعوة لحلق رأس ولده وكان كثير المال حسن التعهد للمسلمين وينفق على مساجد المسلمين فدعا المسلمين فأجابوه فكتب عالمها الى شيخ الاسلام السغدي فكتب انه لا كفر فيه وان اجابة الدعوة ولو لاهل الذمة سنة ومجازاة المحسن بالاحسان سنة ومن باب المروءة والكرم أيضا وحلق الرأس ليس من شعار أهل الضلالة لكن الاولى للمسلمين أن لا يوافقوا أهل الذمة على مثل هذه الاحوال لاظهار الفرح والمسرة فيكره للمسلم أن يهدي اليهم في مثل هذه الدعوة لكن لا يكفر به بخلاف اهداء البيضة الى المجوس يوم النيروز حيث يكفر وما يهدي المجوس يوم النيروز من أطعمتهم الى الاشراف ومن كان لهم معرفة لا يحل أخذ ذلك على وجه الموافقة معهم وان أخذه لا على ذلك الوجه لا بأس به والاحتراز عنه أسلم * المسلم اذا أهدى يوم النيروز الى مسلم آخر شيئا ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن جرى على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر لكن لا ينبغي له ان يفعل ذلك ويفعله قبله أو بعده كي لا يكون تشبيها باولئك والموافقة في العبادة أعني الصلاة في الاوقات الثلاثة اذا كرهت فما ظنك فيما ليس بعبادة وعن الامام أبي حفص لو أن رجلا عبد ربه خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز فأهدى



وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

أعمال موسوعية مساعدة
تحقيق التراث الفقهي
١

المنثور في القواعد للزركشي

ا .... ث

حققه
الدكتور تيسير فائق أحمد محمود

راجعه
الدكتور عبد الستار أبو غدة

ومنها « الكفالة[1] » ، لا يصح تعليقها ويصح أن تضاف الى بعض المحل على خلاف فيها .

ومنها التدبير يصح تعليقه ، ولو قال دبرت يدك أو رجلك لم يصح التدبير على وجه .

ومنها لا يصح تعليق الرجوع في التدبير ، ان قلنا برجع « بالقول[2] » فيه ، كما جزم به الرافعي ، ولو قال رجعت في رأسك ، فهل يكون رجوعاً في جميعه؟ فيه وجهان في الحاوي.

ومنها الابراء ، لا يصح تعليقه ، ولو قال المستحق للدية عفوت عن بعض دمك ، قال في البحر قبيل كتاب الشهادات ان قلنا البراءة عن المجهول تجوز ، فهذا أجوز، وان قلنا تمتنع فيحتمل أن يقال تجوز ، لأن العفو عن البعض منه كالعفو عن الكل .

ومنها لو قال ان دخلت الدار فأنت زانٍ ، لا يكون « قاذفاً[3] » .

ولو قال زنى قبلك أو دبرك كان قاذفاً .

* السراية [4] في الأشقاص [5] لا في الأشخاص *

ولهذا لو أعتق أمته الحامل بمملوك له عتق الحمل لا بالسراية ، بل بالتبعية ، كما يتبعها في البيع ، « وهذا »[6] يرد قول الشيخ عز الدين : لا يسرى العتق

(١) في (د) « الكفارة »

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « فالقول » .

(٣) في (ب) و (د) « قذفا » .

(٤) في (د) « ومنها » ولم تذكر كلمة « السراية » في (د) .

(٥) قال في المصباح مادة شقص حـ ١ ص ١٤٦ ص . « الثالثة » الشقص الطائفة من الشيء والجمع أشقاص مثل حمل وأحمال والمشقص بكسر الميم سهم فيه نصل عريض « وأيضاً انظر القاموس المحيط مادة شقص حـ ٢ ص ٣١٨ ط . الثانية .

(٦) في (ب) « وبهذا » .

« عن »[1] شخص إلى آخر ، إلا عَتاق [2] الأمة الحامل ، فانه يسرى إلى جنينها .

ولو ملك شقصا من عبد فأعتقه ، وهو موسر سرى إلى نصيب شريكه.ولو ملك أمة وملك الآخر حملها ، فأعتقها لم يسر العتق إلى الحمل ، وان كان موسرا .

قال الشيخ أبو علي في شرح الفروع . والفرق بين نصيب الغير تنفذ [3] السراية فيه مع اليسار ، ولا تنفذ في حمل الغير مع اليسار ان ملك كل واحد منهما في الشركة « مختلط »[4] بملك صاحبه وما من جزء إلا وهو شائع بينهما ، فلما نوى الشروع سرت الحرية إلى الباقي ، فأما الحمل ، وان كان في بطن الأم « فهو » نفس[5] « ينفرد »[6] عن الأصل ألا ترى أنه « ينفصل إلى مدة[7] » ويكون له حكم نفسه دون الأم.وأما نصيب الشريك فلا يجوز أن ينفك « قط »[8] عن نصيبه ، ويكون له حكم نفسه ، فلذلك افترقا .

* السفر قسمان *

طويل وقصير :

فالطويل مرحلتان،والقصير ما دون ذلك .

وضبطه البغوي في فتاويه ، بأن يفارق البلد إلى موضع لو كان مقيما لم تلزمه الجمعة لعدم سماعه النداء ، وضبطه غيره بميلٍ ، وبه جزم الشيخ أبو حامد في

(١) في (ب) و(د) « من » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الإعتاق » .

(٣) في (ب) «« الغير أن نصيب الغير تنفذ » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل « مختلطاً » وفي (د) « يختلط » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نفس » فكلمة « فهو » ساقطة من الأصل وذكرت في (ب) و(د) .

(٦) في (ب) « منفرد » .

(٧) في (د) « ينفصل عنها إلى » .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « قسط » .

بما يعصى به ويحتمل أن يقال إنما عصى « لجنايته »[1] على الروح التي هي حق الله تعالى فيكون كالمصلي في الدار المغصوبة يعصى لتناوله حق « الغير »[2] « وكذلك »[3] هذا لم يعص من حيث انه صائم بل من حيث سعيه « في الهلاك »[4] .

قلت:ويجري هذا في الفقير العاجز عن المشي « لحج »[5] والمريض المضنى يقوم في الصلاة ونحوه .

* المشغول لا يشغل *

كما لو رهن على دين ثم أراد أن يرهنه على آخر لا يجوز في الجديد وعلله الرافعي وغيره بذلك .

ومن نظائره لا يجوز « الإحرام بالعمرة »[6] للعاكف بمنى لاشتغاله بالرمي والمبيت .

ومنها إذا كان محرماً بالحج فأحرم بالحج ثانياً قبل الإتيان بشيء من أركانه هل ينتقل إحرام الثاني إلى العمرة على القول المجوز إدخال العمرة على الحج؟فيه وجهان محتملان في البحر أحدهما يجوز عمرة لأن هذه حالة العمرة والثاني لا يجوز وهو قضية كلام الأصحاب لأن الوقت قابل للحج في الجملة .

* المضمونات *

سبقت في « حرف الضاد »[7] .

---

(١) في (ب) و (د) «بجنايته» .
(٢) في (د) «العبد» .
(٣) في (ب) و (د) «فكذلك» .
(٤) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .
(٥) في (ب) و (د) «بحج» .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) «الاحرام بالحج بالعمرة» .
(٧) أي في «الضمان» .

* المضاف للجزء كالمضاف للكل *

فيما يقبل التعليق بالانجرار « وينبني »[1] على السريان « والغلبة »[2] كالطلاق والعتاق وكذلك الحج لو قال أحرمت بنصف نسك « انعقد »[3] بكامل،قاله الروياني:بخلاف البيع والنكاح وغيرهما فلا يصح عند إضافته إلى بعض الأعضاء كذا ضبطه الامام . وحاصله أن ما قَبِل التعليقَ من التصرفات تصح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف ومالا فلا .

ويستثنى مسائل :

إحداها:الإيلاء فإنه يقبل التعليق ولا يصح إضافته إلى بعض المحل إلا « الفرج »[4] .

الثانية:الوصية فإنه « يصح تعليقها »[5] ولا يصح « أن تضاف »[6] إلى بعض المحل .

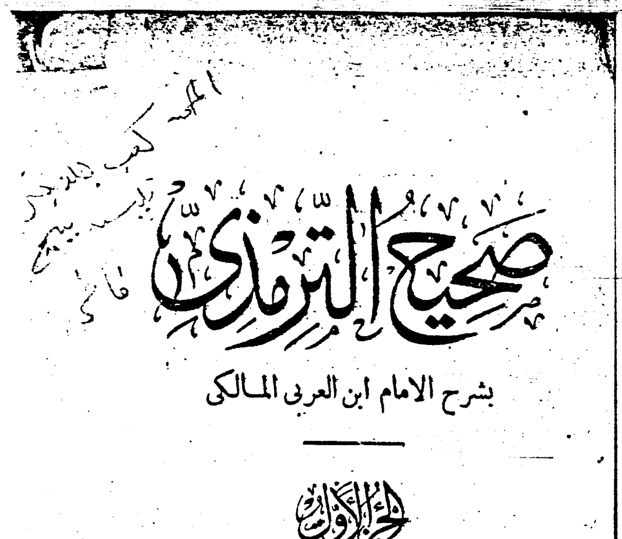
الثالثة:الكفالة لا يصح تعليقها ويصح « أن تضاف »[7] إلى بعض المحل على تفصيل فيه .

الرابعة:التدبير يصح تعليقه ولو قال دبرت يدك أو رجلك لم يصح على وجه .

الخامسة:لا يصح تعليق الرجوع في التدبير ان قلنا يرجع فيه « بالقول »[8] كما

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «ويبني» .
(٢) في (د) «والغلبة» .
(٣) في (د) «عقد» .
(٤) في (د) «الفرع» .
(٥) في (د) «يقبل التعليق» .
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «اضافتها» .
(٧) هاتان الكلمتان كررتا في (د) .
(٨) في (د) «القول» .



بشرح الامام ابن العربى المالكى

الجزء الأول

طبع على نفقة
عبد الواحد محمد التازى

الطبعة الأولى

سنة ١٣٥٠ هجرية — سنة ١٩٣١ ميلادية

المطبعة المصرية بالأزهر
ادارة محمد محمد عبد اللطيف

وسمعت عبد الله بن عبد الرحمن يقول سمعت زكريا بن عدي يقول قال أبو إسحق الفزاري خذوا عن بقية ما حدث عن الثقات ولا تأخذوا عن إسمعيل بن عياش ما حدث عن الثقات ولا عن غير الثقات **حدثنا** قتيبة حدثنا أبو عوانة عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهي تقصع بجرتها وإن لعابها يسيل بين كتفي فسمعته يقول إن الله أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث والولد للفراش وللعاهر الحجر ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه رغبة عنهم فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفا ولا

قوله والدين مقضى يريد انها صفته اللازمة وهي القضاء (التاسعة) قوله
قوله والزعيم غارم وهو الكفيل والزعامة والكفالة والحالة والقبالة بمعنى واحد وهو التزام ماعلى المرء للمرء وقد إستعمل المتأخرون القبالة في الكراء وقوله غارم يعني لما ضمن بمطالبة المضمون له سواء كان معلوما ما ضمنه أو مجهولا خلافا للشافعي وسواء كان عن ميت ترك وفاء أو لم يترك خلافا لأبي حنيفة لأنه قول عام في تأسيس القواعد فجعل على عمومه (العاشرة) فان كان الضمان بالوجه لم يلزم المال عندهما إلا ان مالكا ألزمه الضمان إذا لم يحضره لأنه بدل عنه فلما تعذر عليه أصل ماضمنه تعين عليه ضمان فائدة

عدلا قال وسمعت أحمد بن الحسن يقول قال أحمد بن حنبل لا أبالي بحديث شهر بن حوشب قال وسألت محمد بن إسمعيل عن شهر بن حوشب فوثقه وقال إنما يتكلم فيه ابن عون ثم روى ابن عون عن هلال ابن أبي زينب عن شهر بن حوشب * **قال أبو عيسى** هذا حديث حسن صحيح * **باب** ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية **حدثنا** ابن أبي عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن أبي إسحق الهمداني عن الحرث عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وأنتم تقرون الوصية قبل الدين * **قال أبو عيسى** والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل الوصية * **باب** ما جاء في الرجل يتصدق

حضوره (الحادية عشرة) قال الشافعي لا تصح الكفالة بالبدن وعموم الحديث يجوزها ولأنها منفعة وثيقة فجازت الكفالة بها كالمال أو تقول فجازت كالرهن (الثانية عشرة) قال النبي عليه السلام العارية مؤداة وقد روى الدارقطني العارية مضمونة

باب الصدقة عند الموت

ذكر حديث أبي الدرداء في آخره مثل الذي يتصدق عند الموت كمثل الذي يهدي إذا شبع حسن صحيح قد تقدم أن الصدقة الفضلى عند الطمع في الدنيا

وسمعت عبد الله بن عبد الرحمن يقول سمعت زكريا بن عدي يقول قال أبو إسحق الفزاري خذوا عن بقية ما حدث عن الثقات ولا تأخذوا عن إسمعيل بن عياش ما حدث عن الثقات ولا عن غير الثقات **حدثنا** قتيبة حدثنا أبو عوانة عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهي تقصع بجرتها وإن لعابها يسيل بين كتفي فسمعته يقول إن الله أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث والولد للفراش وللعاهر الحجر ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه رغبة عنهم فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفا ولا

قوله والدين مقضى يريد انها صفته اللازمة وهي القضاء (التاسعة) قوله قوله والزعيم غارم وهو الكفيل والزعامة والكفالة والحمالة والقبالة بمعنى واحد وهو التزام ما على المرء للمرء وقد استعمل المتأخرون القبالة في الكراء وقوله غارم يعني لما ضمن بمطالبة المضمون له سواء كان معلوما ما ضمنه أو مجهولا خلافا للشافعي وسواء كان عن ميت ترك وفاء أو لم يترك خلافا لأبي حنيفة لأنه قول عام في تأسيس القواعد فجعل على عمومه (العاشرة) فان كان الضمان بالوجه لم يلزم المال عندهما إلا ان مالكا ألزمه الضمان إذا لم يحضره لأنه بدل عنه فلما تعذر عليه أصل ما ضمنه تعين عليه ضمان فائدة

عدلا قال وسمعت أحمد بن الحسن يقول قال أحمد بن حنبل لا أبالي بحديث شهر بن حوشب قال وسألت محمد بن إسمعيل عن شهر بن حوشب فوثقه وقال إنما يتكلم فيه ابن عون ثم روى ابن عون عن هلال ابن أبي زينب عن شهر بن حوشب ۞ **قال أبو عيسى** هذا حديث حسن صحيح ۞ **باب** ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية **حدثنا** ابن أبي عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن أبي إسحق الهمداني عن الحرث عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وأنتم تقرون الوصية قبل الدين ۞ **قال أبو عيسى** والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل الوصية ۞ **باب** ما جاء في الرجل يتصدق

حضوره (الحادية عشرة) قال الشافعي لا تصح الكفالة بالبدن وعموم الحديث يجوزها ولأنها منفعة وثيقة فجازت الكفالة بها كالمال أو تقول فجازت كالرهن (الثانية عشرة) قال النبي عليه السلام العارية مؤداة وقد روى الدارقطني العارية مضمونة

باب الصدقة عند الموت

ذكر حديث أبي الدرداء في آخره مثل الذي يتصدق عند الموت كمثل الذي يهدي إذا شبع حسن صحيح قد تقدم أن الصدقة الفضلى عند الطمع في الدنيا

وسمعت عبد الله بن عبد الرحمن يقول سمعت زكريا بن عدى يقول قال أبو إسحق الفزارى خذوا عن بقية ما حدث عن الثقات ولا تأخذوا عن إسمعيل بن عياش ما حدث عن الثقات ولا عن غير الثقات **حدثنا** قتيبة حدثنا أبو عوانة عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها وإن لعابها يسيل بين كتفى فسمعته يقول إن الله أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية لوارث والولد للفراش وللعاهر الحجر ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه رغبة عنهم فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفا ولا

قوله والدين مقضى يريد انها صفته اللازمة وهى القضاء (التاسعة) قوله قوله والزعيم غارم وهو الكفيل والزعامة والكفالة والحمالة والقبالة بمعنى واحد وهو التزام ما على المرء للمرء وقد استعمل المتأخرون القبالة فى الكراء. وقوله غارم يعنى لما ضمن بمطالبة المضمون له سواء كان معلوما ما ضمنه أو مجهولا خلافا للشافعى وسواء كان عن ميت ترك وفاء أو لم يترك خلافا لأبى حنيفة لأنه قول عام فى تأسيس القواعد فجعل على عمومه (العاشرة) فان كان الضمان بالوجه لم يلزم المال عندهما إلا ان مالكا ألزمه الضمان إذا لم يحضره لأنه بدل عنه فلما تعذر عليه أصل ما ضمنه تعين عليه ضمان فائدة

عدلا قال وسمعت أحمد بن الحسن يقول قال أحمد بن حنبل لا أبالى بحديث شهر بن حوشب قال وسألت محمد بن إسمعيل عن شهر بن حوشب فوثقه وقال انما يتكلم فيه ابن عون ثم روى ابن عون عن هلال ابن أبى زينب عن شهر بن حوشب ۞ **قال أبو عيسى** هذا حديث حسن صحيح ۞ **باب** ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية **حدثنا** ابن أبى عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن أبى إسحق الهمدانى عن الحرث عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وأنتم تقرون الوصية قبل الدين ۞ **قال أبو عيسى** والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل الوصية ۞ **باب** ما جاء فى الرجل يتصدق

حضوره (الحادية عشرة) قال الشافعى لا تصح الكفالة بالبدن وعموم الحديث يجوزها ولأنها منفعة وثيقة فجازت الكفالة بها كالمال أو تقول فجازت كالرهن (الثانية عشرة) قال النبى عليه السلام العارية مؤداة وقد روى الدارقطنى العارية مضمونة

باب الصدقة عند الموت

ذكر حديث أبى الدرداء فى آخره مثل الذى يتصدق عند الموت كمثل الذى يهدى إذا شبع حسن صحيح قد تقدم أن الصدقة الفضلى عند الطمع فى الدنيا

وسمعت عبد الله بن عبد الرحمن يقول سمعت زكريا بن عدى يقول
قال أبو إسحق الفزارى خذوا عن بقية ما حدث عن الثقات ولا تأخذوا
عن إسمعيل بن عياش ما حدث عن الثقات ولا عن غير الثقات
حدثنا قتيبة حدثنا أبو عوانة عن قتادة عن شهر بن حوشب عن
عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة أن النبى صلى الله عليه وسلم
خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها وإن لعابها يسيل
بين كتفى فسمعته يقول إن الله أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية
لوارث والولد للفراش وللعاهر الحجر ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى
إلى غير مواليه رغبة عنهم فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفا ولا

قوله والدين مقضى يريد انها صفته اللازمة وهى القضاء (التاسعة) قوله
قوله والزعيم غارم وهو الكفيل والزعامة والكفالة والحمالة والقبالة بمعنى
واحد وهو التزام ما على المرء للمرء وقد استعمل المتأخرون القبالة فى الكراء
وقوله غارم يعنى لما ضمن بمطالبة المضمون له سواء كان معلوما ما ضمنه
أو مجهولا خلافا للشافعى وسواء كان عن ميت ترك وفاء أو لم يترك خلافا
لأبى حنيفة لأنه قول عام فى تأسيس القواعد فجعل على عمومه (العاشرة) فان
كان الضمان بالوجه لم يلزم المال عندهما إلا ان مالكا ألزمه الضمان إذا لم
يحضره لأنه بدل عنه فلما تعذر عليه أصل ما ضمنه تعين عليه ضمان فائدة

عدلا قال وسمعت أحمد بن الحسن يقول قال أحمد بن حنبل لا أبالى
بحديث شهر بن حوشب قال وسألت محمد بن إسمعيل عن شهر بن
حوشب فوثقه وقال إنما يتكلم فيه ابن عون ثم روى ابن عون عن هلال
ابن أبى زينب عن شهر بن حوشب ❊ **قال أبو عيسى** هذا حديث حسن
صحيح ❊ **باب** ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية **حدثنا** ابن أبى
عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن أبى إسحق الهمدانى عن الحرث عن
على أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وأنتم تقرون
الوصية قبل الدين ❊ **قال أبو عيسى** والعمل على هذا عند عامة أهل العلم
أنه يبدأ بالدين قبل الوصية ❊ **باب** ما جاء فى الرجل يتصدق

حضوره (الحادية عشرة) قال الشافعى لا تصح الكفالة بالبدن وعموم الحديث
يجوزها ولأنها منفعة وثيقة فجازت الكفالة بها كالمال أو تقول فجازت
كالرهن (الثانية عشرة) قال النبى عليه السلام العارية مؤداة وقد روى
الدارقطنى العارية مضمونة

باب الصدقة عند الموت

ذكر حديث أبى الدرداء فى آخره مثل الذى يتصدق عند الموت كمثل الذى
يهدى إذا شبع حسن صحيح قد تقدم أن الصدقة الفضلى عند الطمع فى الدنيا

بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع

للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
المتوفى عام ٥٨٧ هـ

الناشر
زكريا على يوسف

مطبعة الامام ١٣ شارع محمد كريم بالقلعة بالقاهرة

كتاب الكفالة

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع : فى بيان ركن الكفالة ، وفى بيان شرائط الركن . وفى بيان حكم الكفالة . وفى بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفاله ، وفى بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أو لا .

أما الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وهو قول أبى يوسف الآخر ، وفى قوله الأول الركن هو الايجاب فحسب .

فأما القبول فليس بركن ، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين (١٧٤٥) فقيل نعم درهما أو ديناران فامتنع من الصلاة عليها . فقال سيدنا على أو أبو قتادة رضى الله عنهما هما علىّ يا رسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب . ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تمليك ، ألا يرى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر .

والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته اضمنوا عنى ما علىّ من الدين لغرمائى وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأى فرق بين المريض والصحيح ، ولهما أن الكفاله ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم إلا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسئلة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى .

فإذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالايجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك على أو لك قبلى أو لك عندى .

أما لفظ الكفالة والضمان فصريحان ، وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة

بمعنى الضمان . قال النبى عليه الصلاة والسلام : الزعيم غارم (١٧٤٥ د) أى الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضاً . يقال قبلت به أقبل قبالة ، وتقبلت به أى كفلت . قال الله تعالى (أو يأتى بالله والملائكة قبيلا) أى كفيلا يكفلونى بما يقول ، والحميل بمعنى المحمول . فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول ، وانه ينبىء عن تحمل الضمان

وقوله علىّ كلمة ايجاب وكذا قوله الىّ ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فإلى وعلى (١٧٤٦) وقوله قبلى ينبىء عن القبالة وهى الكفالة على ما ذكرنا .

وقوله عندى وإن كانت مطلقة للوديعه لكنه بقرينة الدين يكون كفالة ، لأن قوله عندى يحتمل اليد ويحتمل الذمة لأنها كلمة قرب وحضرة ، وذلك يوجد فيهما جميعاً ، فعند الاطلاق يحمل على اليد لأنه أدنى ، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة ، أى فى ذمتى ، لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة

وأما القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ، ثم ركن الكفالة فى الأصل لا يخلو عن أربعة أقسام : إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت . فإن كان مطلقاً فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى ما نذكر ان شاء الله تعالى ، غير انه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة ، وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة ، لأن الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون .

وأما المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول ، فإن كانت الكفالة مؤجله فإن كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جاز ، ثم ان كان الدين على الأصيل مؤجلا الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضاً ، وان سمى الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز ، لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه ، وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا فى حقهما

جميعا فى ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا فى حق الكفيل خاصة .

وجه هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به ، كما اذا كفل حالا أو مطلقا ثم أخر عنه بعد الكفالة

وجه ظاهر الروايه ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين ، والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد ، لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل .

ولو كان الدين على الاصيل مؤجلا الى سنة فكفل به مؤجلا الى سنه أو مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله ، وهو على الكفيل الى أجله . وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله . لأن المبطل للأجل وجد فى حق أحدهما دون الآخر ، وان كان التأجيل الى وقت مجهول ، فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز .

وجه قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع

ولنا أن هذا ليس بجهالة فاحشه فتحملها الكفاله ، وهذا لأن الجهاله لا تمنع من جواز العقد لعينها ، بل لافضائها الى المنازعه بالتقديم والتأخير ، وجهالة التقديم والتأخير لا تفضى الى المنازعه فى باب الكفالة لأنه يسامح فى أخذ العقد مالا يسامح فى غيره لإمكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ، ولأن الكفالة جوازها بالعرف ، والكفالة الى هذه الآجال متعارفه ولو كانت الكفالة حالة فأخر الى هذه الاوقات جاز أيضا لما ذكرنا ، وان كان لا يشبه آجال الناس كمجىء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحه ، لأن هذه جهالة فاحشه فلا تتحملها الكفاله فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحه

وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز ، وإن كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع ، لأن تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفاله وذا لا يؤثر فى البيع فكذا هنا . هذا إذا كانت الكفالة مؤجلة فأما إذا كانت حالة فإن شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز ، سواء كان الدين على الأصيل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ، ولو كفل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الأصل ، بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق

ولو كان الدين على الاصل حالا فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً فى حق الكفيل . هذا إذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما اذا كانت معلقة بشرط فإن كان المذكور شرطا سببا لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيله الى الاداء فى الجملة جاز بأن قال ان استحق المبيع فأنا كفيل لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ، وكذا إذا قال اذا قدم زيد فأنا كفيل لأن قدومه وسيلة الى الاداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو يكون مضاربة ، فإن لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الاداء فى الجملة لا يجوز بأن قال اذا جاء المطر أو هبت الريح ، أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل ، لأن الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا ، والأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا ألحق به تعلق بالظهور أو التوسل اليه فى الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ، ولأن الكفالة جوازها بالعرف والعرف فى مثل هذا الشرط دون غيره .

ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك فلان أو ان بايعت فلانا فأنا ضامن لذلك جاز لأن هذه الافعال سبب لوجوب الضمان

ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبى حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس ، أو من غصبك من الناس أو من شجك

من الناس أو من بايعك من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لأن المضمون عنه مجهول ، وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة .

ولو قال ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لأن هذا شرط ملائم للعقد لأنه مؤكد لمعنى التوسل الى ما هو المقصود ، وكذا لو قال ان خرج من المصر ولم يعطك فأنا ضامن لما ذكرنا ، ولو شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه جاز لأن هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال ، وكذا سائر أنواع الكفالات فى التعليق بالشرط والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لأن الكل فى معنى الكفالة على السواء

ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على أنك متى طلبته فلى أجل شهر جاز ، واذا طلبته منه فله أجل ، ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء . ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء . والفرق أن الموجود ههنا كفالتان احداهما حالة مطلقة والثانيه مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فإذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر ، فإذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة ، هذا معنى قوله فى الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الأول بخلاف ما اذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد ، لأن ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط ، والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل

ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا ، كذا هذا

ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غداً فعليه ماعليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل لأن هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز

أما الكفالة بالنفس فلا شك فيها ، وكذا الكفالة بالمال لأن هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر

الوصول اليه من قبل الأصيل فإذا لم يوجد الشرط لزمه المال وإذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز أن يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه ، وكذا إذا قال فعليه ما عليه وعليه ألف ولم يسم لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الألف ، لأنه أضاف الكفالة الى ما عليه والالف عليه ، وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل ، لأن الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج ، لأن الحيوان يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل

ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غداً فعلى ألف درهم ولم يقل الالف التى عليه أو الالف التى ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزمه

وجه قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لأنه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر ، فأما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد

وجه قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى الالف المعهودة وهى الالف المضمونه ، مع ما أن فى الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد ، وفى الصرف الى ما عليه صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى

ولو كفل بنفسه على أن يوافى به إذا ادعى به ، فإن لم يفعل فعليه الالف التى عليه جاز لانه كفل بالنفس مطلقاً وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة ، وهذا شرط ملائم للعقد لما ذكرنا ، فإذا طلب منه المكفول له تسليم النفس ، فإن سلم مكانه برىء ، لأنه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ، ولو قال ائتنى به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد ، فإن لم يأت به فى الوقت الذى طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم ، وان أخر المطالبه الى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو برىء من المال لأنه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجباً عليه وصار كأنه طلب منه من الابتداء التسليم بعد

غد وقد وجد وبرىء من المال ، ولو كفل بالمال وقال : ان وافيتك به غداً فأنا
برىء فوافاه من الغد يبرأ من المال فى رواية وفى رواية لا يبرأ

وجه الرواية الأخيرة إن قوله إن وافيتك به غداً فأنا برىء : تعليق البراءة
عن المال بشرط الموافاة بالنفس ، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها
معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط

وجه الرواية الأولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل
الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول
أشبه . ولو شرط فى الكفالة بالنفس أن يسلمه اليه فى مجلس القاضى جاز لأن
هذا شرط مفيد ويكون التسليم فى المصر أو فى مكان يقدر على إحضاره مجلس
القاضى تسليما الى القاضى لما نذكر ان شاء الله تعالى . ولو شرط أن يسلمه اليه
فى مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع إلا أنه لا يصح التعيين عند أبى حنيفة
وعندهما يصح على ما نذكر ان شاء الله تعالى

ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه اليه عند القاضى
أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثانى جاز لأن التقييد غير مفيد .
ولو كفل بنفسه فإن لم يواف به فعليه مايدعيه الطالب ، فإن ادعى الطالب ألفاً
فإن لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لأنه لا يلزم بنفس الدعوى شىء فقد
أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم . وكذا إذا أقر بها المطلوب ، لأن
إقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل . ولو قامت البينة عليها
أو أقر بها الكفيل فعليه الالف ، لأن البينة سبب لظهور الحق ، وكذا إقرار
الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به .

ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل
قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى
الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء ، أما لزوم المال فلأن
الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عنده مباشرة السبب
صحيح ، ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال

لا من الثلث . وأما الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين . وكذا لو مات
المكفول به ثم مات الكفيل ، لأنه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه
فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق

هذا إذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فأما اذا كانت مضافة الى وقت بأن
ضمن ما أدان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما داين فلانا أو ما أقرضه أو
ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها
أضيفت الى سبب الضمان ، وان لم يكن الضمان ثابتاً فى الحال والكفالة ان كان
فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الاضافة

ولو قال كلما بايعت فلاناً فثمنه على أو ما بايعت أو الذى بايعت يؤاخذ
الكفيل بجميع ما بايعه . ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ
بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها ، لان كلمة كل لعموم الافعال
وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايعه فيقتضى تكرار المبايعة
ولم يوجد مثل هذه الدلالة فى قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾

وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى
الاصيل وبعضها يرجع الى المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ، ثم منها
ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ

أما الذى يرجع الى الكفيل فأنواع . منها العقل ومنها البلوغ وانهما من
شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون لأنها عقد تبرع
فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصى لو استدان ديناً فى
نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز

ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لأن ضمان الدين قد لزمه من غير
شرط فالشرط لا يزيده الا تأكيداً فلم يكن متبرعا ، فأما ضمان النفس وهو
تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز

ومنها الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا يجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذونا له فى التجارة لأنها تبرع والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق ، لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبى لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ .

ولو أذن له المولى بالكفالة ، فان كان عليه دين لم يجز ، لأن اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته فى الكفالة بالدين الا أن يفديه المولى ، ولاتجوز كفالة المكاتب من الأجنبى لأن المكاتب عبد مابقى عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام ، وسواء أذن له المولى أو لم يأذن ، لان اذن المولى لم يصح فى حقه وصح فى حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق .

ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لأنهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع .

وأما الذى يرجع إلى الاصيل فنوعان (أحدهما) أن يكون قادراً على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبى حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده . وعند أبى يوسف ومحمد تصح .

وجه قولهما أن الموت لا ينافى بقاء الدين لانه مال حكمى فلا يفتقر بقاؤه الى القدرة ، ولهذا بقى اذا مات مليا حتى تصح الكفالة به ، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا ، واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الابراء عنه والتبرع .

وجه قول أبى حنيفة أن الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان بدين ولا دين عليه

اذا مات مليا فهو قادر بنائبه ، وكذا إذا مات عن كفيل ، لأنه قائم مقامه فى قضاء دينه .

وأما الابراء والتبرع فهما فى الحقيقة إبراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة فى قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه . فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة فلا على ما عرف فى الخلافيات .

(والثانى) أن يكون معلوما بأن كفل ما على فلان . فأما اذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز ، لأن المضمون عليه مجهول ، ولأن الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة ، فأما حرية الأصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة ، لأن الكفالة بمضمون ما على الاصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد .

أما العبد فلأن الدين واجب عليه ويطالب به فى الجملة فأشبه الكفالة بالدين المؤجل . وأما الصبى والمجنون فلأن الدين فى ذمتهما والولى مطالب به فى الحال ويطالبان أيضاً فى الجملة وهو ما بعد البلوغ والافاقة فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجوراً وعن الصبى والمجنون الا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى ، وان كانت الكفالة بإذنهم لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى .

وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لأن الحاجة الى الكفالة فى الغالب فى مثل هذه الأحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون ، وأما الذى يرجع الى المكفول له فأنواع .

منها أن يكون معلوما حتى أنه اذا كفل لأحد من الناس لا تجوز ، لأن المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق ، ومنها أن يكون فى مجلس العقد وأنه شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر .

وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الأصل أنها جائزة على قوله الاخر يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد ، لأن محمداً ربما يطلق الجواز على النافذ ، فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح ، لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال جاز السهم اذا نفذ .

وجه قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب أن معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد، والدليل عليه مسئلة المريض

وجه قولهما ما ذكرنا أن فيه معنى التمليك والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كالبيع مع ما أنا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والاضـــافة الى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتباراً للشبهين بقدر الامكان .

وأما مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا أن جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة ويكون قوله : اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئاً لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة .

ووجه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله عز وجل أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم .

ولو قال أجنبي للورثة اضمنوا لغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم .

ومنها وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون

والصبي الذى لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله .

وأما حرية المكفول له فليست بشرط لأن العبد من أهل القبض .

وأما الذى يرجع إلى المكفول به فنوعان (أحدهما) أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل ســـواء كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها .

وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع : عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس ، أما العين فنوعان : عين هي أمانة ، وعين هي مضمونة ، أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة ، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز ، لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت

وأما العين المضمونة فنوعان : مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول ، لأنه كفالة بمضمون بنفسه .

ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضاً ولا تصح بالنوع الثاني ، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه .

ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشترى .

وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ، ألا يرى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره .

وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شيء على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل .

ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل ، فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل ، وان كانت بغير عينها جازت ، لأن في الوجه الأول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز .

وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت ، وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا ، لأن الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز ، وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه .

والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت ، لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كما في باب الطلاق والعتاق .

وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا تتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله كما في الطلاق والعتاق ، واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لا تجوز ، لأن هذه الأعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة

متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق . ولو قال في الكفالة بالنفس هو علي جاز لأن هذا صريح في التزام تسليم النفس .

وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع . ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح ، لأن المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الأصيل . ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلا . ثم ماذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وماذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا ، وقال الشافعي رحمه الله : أنها غير صحيحة .

وجه قوله أن الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ، ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق .

ولنا قوله عز وجل « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولأن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين الى زمن الشافعي رحمه الله فكان الانكار خروجا عن الاجماع فكان باطلا . ولما ذكرنا أن هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بالدين .

وقوله : الكفالة التزام الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في حق الاصيل كالدين . عبد مقر بالرق في يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس بمضمون .

وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا ، وكذا لو ادعى رجل على انسان أنه عبده فأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الاصيل لما ذكرنا ، ولو كان المدعى في

وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين . ألا يرى أنه إذا هلك لايجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره .

وأما الفعل فهو فعل التسليم فى الجملة فتجوز للكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شيء على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل .

ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل ، فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل ، وان كانت بغير عينها جازت ، لأن فى الوجه الأول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز .

وفى الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت ، وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا ، لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز . وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه .

والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت ، لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كما فى باب الطلاق والعتاق .

وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس فى حق وجوب التسليم لا تتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله كما فى الطلاق والعتاق ، واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من الأجزاء المعينة لا تجوز ، لأن هذه الأعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهى فى حكم الكفالة

متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما فى الطلاق والعتاق . ولو قال فى الكفالة بالنفس هو على جاز لأن هذا صريح فى التزام تسليم النفس .

وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع . ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح ، لأن المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الأصيل . ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلا . ثم ماذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وماذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا ، وقال الشافعى رحمه الله : أنها غير صحيحة .

وجه قوله أن الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ، ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق .

ولنا قوله عزوجل « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين الى زمن الشافعى رحمه الله فكان الانكار خروجا عن الاجماع فكان باطلا . ولما ذكرنا أن هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين .

وقوله : الكفالة التزام الدين ممنوع بل هى التزام المطالبة بمضمون على الأصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم فى حق الاصيل كالدين . عبد مقر بالرق فى يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس بمضمون .

وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا ، وكذا لو ادعى رجل على انسان أنه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الاصيل لما ذكرنا ، ولو كان المدعى فى

ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الأصيل ، وهذا خلاف ماتوجبه الأصول . ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف فى الكفالة ببدل الكتابة .

وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لأن غيره من الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ، ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلأن لا تجوز بالفرع أولى وأحرى .

ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبى حنيفة ، وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده ، وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات فى أنواع الكفالات أو معلوم القدر فى الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه . وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة .

وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بدفع واحد منهما الى الطالب .

ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه فى هذا البيع جاز ، لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، قال الله تعالى جل شأنه « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم .

ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبى حنيفة وعندهما صحيح . وجه قولهما أن ضمان العهدة فى متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ، ولأبى حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون

بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك فى وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع . وإذا استحق المبيع يخاصم المشترى البائع أو لا ، فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا فى ظاهر الرواية . وروى عن أبى يوسف أنه قال الكفيل يكون خصما .

هذا إذا كان المبيع ماسوى العبد فان كان عبداً فظهر أنه حر بالبينة فللمشترى أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ، ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك .

ولو أخذ المشترى رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك ، والفرق عرف فى موضعه ، ولو بنى المشترى فى الدار بناء ، ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء فللمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض إلى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة فى ظاهر الرواية ، وروى عن أبى يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف .

ولو سلم النقض الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له أن يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء فى ظاهر الرواية ، وذكر الطحاوى أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره ، جعل الطحاوى قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لأن المفهوم من الدرك ضمان المشترى فى متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك

وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر . فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شاء . ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد ، وللمشترى أن يأخذ قيمة الولد من البائع

خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم ، ولو كفل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لأنه تبين أنه كفل بمضمون على الاصيل . وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار مايقر به أما القول قوله فى المقر به لأنه مال لزم بالتزامه فيصدق فى القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال مجهول .

وأما اليمين فلأنه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فى الشرع . ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدقه على كفيله لأن إقرار الانسان حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ، لأنه مقر فى حق نفسه مدع فى حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة .

٭(فصل)٭

وأما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق : للكفالة حكمان (أحدهما) ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل عند عامة مشايخنا ، ويطرد هذا الحكم فى سائر أنواع الكفالات ، لأن الكل فى احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحداً يطالب بكل الدين .

وان كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة اذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا فى الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما فى حق المطالبة كما فى الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً .

وان كان غائبا يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها ، فإن لم يحضر فى المدة ولم يظهر عجزه للقاضى حبسه الى أن يظهر عجزه له ، فإذا علم القاضى ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ، ولا يحول

الطالب أيضا بينه وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة . ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما

وقال بعض مشايخنا إن حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتبة عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الأصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة . وبه أخذ شيخه الامام الشافعى رحمه الله . وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل ، لأن هذا الحكم لا يتحقق فى الكفالة بغير الدين . وهذا غير سديد لأن الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة ، فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعــدام حكم نوع آخر ، فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء ، والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ، إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل ، لأنها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين ، لأنها فى معنى الحوالة أيضاً

وقال ابن أبى ليلى ان الكفاله توجب براءة الاصيل ، والصحيح قول العامة لأن الكفاله تنبىء عن الضم : وهو ضم ذمة الى ذمة فى حق المطالبة بما على الاصيل أو فى حق أصل الدين والبراءة تنافى الضم ، ولأن الكفاله لو كانت مبرئة لكانت حواله ، وهما متغايران ، لأن تغاير الاسامى دليل تغاير المعانى فى الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته

فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء ، فإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر

ووجه الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فإذا اختار تضمين أحدهما فقد ملك المضمون فلا يملك الرجوع عنه ، وهذا المعنى هنا معدوم ، لأن اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق ، وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر ، حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد .

فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا الى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان ، فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وانما يعتق كله بأداء السعايه وبينهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثانى ثبوت ولاية مطالبـــة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفاله بأمره فى الانواع كلها .

ثم اذا كانت الكفاله بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه الى الطالب اذا طالبه ، وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طولب به . وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما ، وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طولب فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص ، وان حبس فله أن يحبس المكفول عنه لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها

وان كانت الكفاله بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس ، وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو ، وان كانت الكفاله بأمره ، لأن ولاية المطالبه انما تثبت بحكم القرض والتمليك على ما نذكره . وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد . بخلاف الوكيل بالشراء أن له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدى هو من مال نفسه لأن هناك الثمن يقابل المبيع ، والملك فى المبيع كما وقع يقع للموكل فكأن الثمن عليه فكان له أن يطالبه به . وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجد هنا . واذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفاله بأمره ، لأن الكفاله بالامر فى حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل ، والكفيل بأداء المـال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الاداء الى الطالب ، وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشترى يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

{ فصـــل }

وأما بيـان ما يخرج به الكفيل عن الكفاله فنقول وبالله تعالى التوفيق . أما الكفيل بالمـال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين . أحدهما أداء المـال الى الطالب أو ما هو فى معنى الأداء ، سواء كان الاداء من الكفيل أو من الأصيل لأن حق المطالبة للتوسل الى الادا. ، فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقـــد ، وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل لأن الهبة بمنزلة الأداء لما ذكرنا

وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة

والثانى الابراء وما هو فى معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفاله ، غير أنه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل ، واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الاصيل لا على الكفيل . انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل إسقاط الدين عن ذمته ، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة ، لأن المطالبة بالدين ولا دين محال .

فأما ابراء الكفيل فإبراؤه عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل ، لكن يخرج الكفيل عن الكفاله ، لأن حكم الكفاله حق المطالبة عن الكفيل فإذا سقط تنتهى ، الا أن ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه ، وابراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه ، والفرق بين هذه الجملة يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى

وإذا ارتدت هـذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين الى ذمته . وهل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل ؟ اختلف المشايخ فيه

ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد

الكفالة بأحد أمرين (أحدهما) تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحبس (والثانى) الابراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكارى لأن نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم .

﴿ فصل ﴾

وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام فى الرجوع فى موضعين (أحدهما) فى شرائط ولاية الرجوع (والثانى) فى بيان ما يرجع به ، أما الشرط فأنواع : منها أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ، لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ، ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء ، وقال مالك رحمه الله يرجع ، والصحيح قول العامة ، لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع .

(ومنها) أن يكون بإذن صحيح وهو إذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى أنه لو كفل عن الصبى المحجور بإذنه فأدى لا يرجع لأن إذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبى لا يتعلق به الضمان .

وأما العبد المحجور فإذنه بالكفالة صحيح فى حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال والله عزوجل أعلم .

ومنها إضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عنى ، ولو قال اضمن كذا ولم يضف إلى نفسه لا يرجع ، لأنه إذا لم يضف اليه فالكفالة لم تقع إقراضاً إياه فلا يرجع عليه .

ومنها أداء المال الى الطالب أو ماهو فى معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء ، لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله .

ومنها أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله ، فأما اذا كان فلا يرجع

لانه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً .

ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل لأن الهبة فى معنى الأداء لأنه لما وهب منه فقد ملك مافى ذمة الأصيل فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء ، وإذا وهب الدين من الأصيل برىء الكفيل . لأن هذا وأداء المال سواء لأنه لما وهبه منه فقد ملك مافى ذمته كما اذا أدى ومتى برىء الأصيل برىء الكفيل ، لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل .

ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الاصيل ، ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل ، لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه برىء فيبرأ الكفيل كما اذا أدى .

ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل ، لان الابراء اسقاط وهو فى حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ، ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع .

ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه ، لأن سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد بإذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الأجرة قبل مضى مدة الاجارة ، ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الأصيل ما كفل عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز ، لأن ولاية الرجوع على الأصيل ان لم تكن ثابتة له فى الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فأشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل أنه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا .

ويبرء الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء ، فإن أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى

وجه قوله أن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا .

ولهما أن إبراءه بعد موته إبراء لورثته لأنهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وإبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقتصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة .

وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال ، لان هذا إقرار بالقبض والاستيفاء لأنه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التى هى غايتها نفسه هى براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً . لان استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل إذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا .

ولو قال برئت من المال ولم يقل إلى فكذلك عند أبى يوسف ، وهذا وقوله برئت الى سواء عنده ، وعند محمد يبرأ الكفيل دون الأصيل . وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده .

وجه قول محمد أن البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك فى الفصل الاول وهو قوله الى ، لان ذلك ينبىء عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فحمل على الابراء لان البراءة حكم الابراء فى الأصل .

وجه قول أبى يوسف أن البراءة المضافة الى المال تستعمل فى الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط ، لان البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ، ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة .

وكذا اذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله ، لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا ، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وابراء الكفيل .

والأصيل يخرج عن الكفالة لما ذكرنا ، وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة ، لان الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا لما يأتى فى كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى .

وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان فى معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير أن فى حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفى حال يبرأ الكفيل دون الأصيل .

أما الحالتان اللتان برىء فيهما الكفيل والأصيل جميعاً (احداهما) أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الألف على خمسمائة على أنى والمكفول عنه بريئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب فى الخمسمائة التى وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ، ثم الكفيل يرجع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الأصيل .

(والثانية) أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلا لما ذكرنا قبل هذا أن الابراء المضاف الى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد ، فإذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل .

وأما الحوالة التى يبرأ الكفيل فيها دون الأصيل فهى أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على أنى برىء من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الأصيل ، وان شاء أخذ الكفيل خمسمائة ، ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره .

وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء (احداها) تسليم النفس الى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه فى موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى ، لان التسليم فى مثل هذا الموضع محصل للمقصود من

روضة القضاة وطريق النجاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

مؤسسة الرسالة
بيروت

دار الفرقان
عمان

كتاب الضمان والكفالة[1]

تعريف

٢٥٩٤- والضمان ضم ذمة الى ذمة .

٢٥٩٥- والكفالة مثل ذلك .

٢٥٩٦ - ولا فرق بين الكفالة والضمان والحمالة والقبالة[2] .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضمن : الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به . وضمنه اياه كفّله . ابن الاعرابي : فلان ضامن وضمين وسامن وسمين وناصر ونضير وكافل وكفيل ، يقال ضمنت الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون وجاء في مادة كفل ان الكفل الحظ والضعف من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العائل كفله يكفله ، وكفّله اياه ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكريا ، وقد قرئت بالتثقيل ونصب زكريا . وذكر الاخفش انه قرىء وكفيلها زكريا بكسر الفاء .. والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له . وهو من الكفيل الضمين .. ومنه حديث « الراب كافل » الراب زوج أم اليتيم لانه يكفل تربيته ويقوم بأمره مع أمه ... والكافل والكفيل الضامن والانثى كفيل أيضا وجمع الكافل كفل وجمع الكفيل كفلاء . وقالوا قال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق ... وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجل يكفل كفلا وكفولا وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه واكفله اياه وكفله اياه وكفله ضمّنه ، وتكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا .. وجعل الاعرابي : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد . التهذيب ، واما الكافل فهو الذى كفل انسانا يعوله ، وينفق عليه . وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج ام اليتيم كأنه كفل وعته اليتيم والمكافل المجاور المحالف وهو أيضا المعاقد المعاهد .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (حمل) ان الحمالة بالفتح الدية والغرامة التي يحملها قوم عن قوم . وقد تطرح منها الهاء ، وتحمّل الحمالة أي حملها . الاصمعي : الحمالة الغرم تحمله عن القوم ونحو ذلك .

قال الليث : ويقال أيضا حمال ... ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الازهري : الحمل : الكفيل . وفي الحديث (الحميل غارم) هو الكفيل ، اى الكفيل ضامن ، وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى بأسا بالسلم بالحميل أى الكفيل .

وفي مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فأنا قبيل أى كفيل ... والقبيل الكفيل والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالته أى في عرافته . ويقال : قبّلت العامل تقبيلا ، والاسم القبالة . وتقبل العامل تقبلا ، وفي حديث

٢٥٩٧- وهو عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في صحة الضمان عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٥٩٨- وقال ابو يوسف والشافعي ليس بشرط .

٢٥٩٩ - ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال .

٢٦٠٠- وقد ابطل الشافعي الكفالة بالنفس .

ألفاظ الكفالة

٢٦٠١- ولا فرق عندنا بين ان يقول :

كفلت لك بنفس فلان او روحه أو جسمه او جسده او رأسه أو جزء منه شائع في صحة الكفالة .

٢٦٠٢ - وكل عضو لو اضاف اليه الطلاق او جزء وقع ، فالكفالة اذا اضافها اليه تصح وتكون الكفالة باحضاره الى الحاكم .

فصل

مكان التسليم

٢٦٠٣- واذا كفل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفل في المصر ولم يشرط ، فسلمه اليه في مفازة لا يبرأ في قولهم جميعا .

٢٦٠٤ - وان سلمه في مصر آخر له سلطان غير مصره برىء منه عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف ومحمد لايبرأ حتى يدفعه في المصر الذى كفل فيه .

ابن عباس : (اياكم والقبالات فانها صغار ، وفضلها ربا) هو ان يتقبل بخراج أو جباية أكثر مما اعطي فذلك الفضل ربا .. والقبالة بالفتح الكفالة ، وهي في الاصل مصدر قبل اذا كفل وقبل بالضم اذا صار قبيلا أي كفيلا وتقبل به تكفل كفبل ، وقال قبّلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة . وتقبله العامل تقبيلا نادر أيضا .

كتاب الضمان والكفالة[1]

تعريف

٢٥٩٤- والضمان ضم ذمة الى ذمة .

٢٥٩٥- والكفالة مثل ذلك .

٢٥٩٦ - ولا فرق بين الكفالة والضمان والحمالة والقبالة[2] .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضمن : الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به ، وضمنه اياه كفله ، ابن الاعرابي : فلان ضامن وضمين وسامن وسمين وناضر ونضير وكافل وكفيل ، يقال ضمنت الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون وجاء في مادة كفل ان الكفل الحظ والضعف من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العائل كفله يكفله ، وكفّله اياه ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكريا ، وقد قرئت بالتثقيل ونصب زكريا . وذكر الاخفش انه قرئ وكفيلها زكريا بكسر الفاء .. والكافل القائم بأمر اليتيم المربى له . وهو من الكفيل الضمين .. ومنه حديث « الراب كافل » الراب زوج أم اليتيم لانه يكفل تربينه ويقوم بامره مع أمه ... والكافل والكفيل الضامن والانثى كفيل أيضا وجمع الكافل كفل وجمع الكفيل كفلاء . وقالوا قال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق ... وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجل يكفل كفلا وكفولا وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه واكفله اياه وكفله اياه وكفله ضمّنه ، وتكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا .. وجعل الاعرابى : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد . التهذيب ، واما الكافل فهو الذى كفل انسانا يعوله ، وينفق عليه . وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج ام اليتيم كأنه كفل ومفه اليتيم والمكافل المجاور المحالف وهو أيضا المعاقد المعاهد .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (حمل) ان الحمالة بالفتح الدية والغرامة التي يحملها قوم عن قوم . وقد تطرح منها الهاء . وتحمّل الحمالة أي حملها . الاصمعى : الحمالة الغرم تحمله عن القوم ونحو ذلك .

قال الليث : ويقال أيضا حمال ... ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الازهري : الحمل : الكفيل . وفي الحديث (الحميل غارم) هو الكفيل ، اى الكفيل ضامن . وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى باسا بالسلم بالحميل أى الكفيل .

وفي مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فانان قبيل أى كفيل ... والقبيل الكفيل والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالته أى في عرافته . ويقال : قبّلت العامل تقبيلا ، والإسم القبالة . وتقبل العامل تقبلا ، وفي حديث

٢٥٩٧- وهو عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في صحة الضمان عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٥٩٨- وقال ابو يوسف والشافعي ليس بشرط .

٢٥٩٩ - ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال .

٢٦٠٠- وقد ابطل الشافعي الكفالة بالنفس .

ألفاظ الكفالة

٢٦٠١- ولا فرق عندنا بين ان يقول :

كفلت لك بنفس فلان او روحه أو جسمه او جسده او رأسه أو جزء منه شائع في صحة الكفالة .

٢٦٠٢ - وكل عضو لو اضاف اليه الطلاق او جزء وقع ، فالكفالة اذا اضافها اليه تصح وتكون الكفالة باحضاره الى الحاكم .

فصل

مكان التسليم

٢٦٠٣- واذا كفل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفل في المصر ولم يشرط ، فسلمه اليه في مفازة لا يبرأ في قولهم جميعا .

٢٦٠٤ - وان سلمه في مصر آخر له سلطان غير مصره برئ منه عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف ومحمد لايبرأ حتى يدفعه في المصر الذى كفل فيه .

ابن عباس : (اياكم والقبالات فانها صغار ، وفضلها ربا) هو ان يتقبل بخراج أو جباية أكثر مما اعطى فذلك الفضل ربا .. والقبالة بالفتح الكفالة ، وهى في الاصل مصدر قبل اذا كفل وقبل بالضم اذا صار قبيلا أى كفيلا وتقبّل به تكفل تكفل ، وقال قبّلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة . وتقبله العامل تقبيلا نادر أيضا .

فصـــل

المبادرة بكفالة النفس

٢٦٠٥– وان كفل بنفس رجل ولم يخاطبه أحـد فانه لايجوز عند ابي حنيفة ومحمد •

٢٦٠٦– ويجوز في قول ابي يوسف الاخير لان ذلك شطر العقد •

توقف الكفالة بالنفس على إجازة الطالب

٢٦٠٧ – وان خاطبه انسان اجنبي فهـو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقد موقوف تام فوقف على الاجازة •

٢٦٠٨– فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قـول ابي حنيفة ومحمد ايضاً •

٢٦٠٩ – ولو كان المطلوب مريضا فقال لورثته اكفلوا عني فالقياس ان لا يجوز عندهما أيضاً ، والاستحسان ان يجوز •

٢٦١٠ – خلاف ابي يوسف والشافعي في الفصلين •

فصـــل

٢٦١١– ولو قال المريض لاجنبي اكفل عني فتكفل فمن اصحابنا من قـال هو مثل الورثة •

٢٦١٢– وقال بعضهم لايجوز وهو خلاف الورثة •

٢٦١٣–وعند ابي يوسف في قوله الاخير هذا جائز وهو قول الشافعي •

فصـــل

الكفالة البدلية[١]

٢٦١٤– ولو تكفل بنفس المطلوب على انه ان لم يسلمه الى الطالب غـدا

(١) وازن هذا بالالتزام البدلي من القانون المدني العراقي م ٣٠٢ •

او في وقت وقته فعليه نفس فلان آخر فالكفالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفـالة الثاني جائزة عند ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول وهو قول محمد •

فصـــل

التكفل بمال إن لم يحضر المكفول

٢٦١٥ – ولو أنه قال :

ان لم اسلمه غدا فمالك عليه عليّ فهو جائز في قولهم جميعا •

٢٦١٦– فان احضره في الوقت لم يلزمه ضمان المال ، وان لم يحضره لزمه المال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا •

فصـــل

٢٦١٧– ولو قال له: ان لم أوافك به غدا فمالك على فلان انسان آخر فعلي أو فلك علي ألف درهم فهو على الخلاف المتقدم ، لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط كالطلاق •

خلاف الشافعي •

٢٦١٨– وتصح في المجهول وبالمجهول

٢٦١٩– خلاف الشافعي • لقوله عليه السلام الزعيم غارم •

وقال « وانا به زعيم »

والغرم اللزوم في اللغة

فصـــل

٢٦٢٠ – وقالوا لو قال له : ان لم أوافك به غدا فما لفلان عـلى فلان علي او لي لازم فالكفالة الاولى جائزة والثانية باطلة في قولهم جميعا •

فصـــل

٢٦٢١ ـ واذا كفل العبد بمال عن سيده بغير اذنه لم يجز واذا كان باذنه فان اعتق المولى العبد فادى المال الى الطالب ثم يرجع على المولى عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع •

فصـــل

٢٦٢٢ـ ولو كان على العبد دين فكفل به باذنه المولى لم يجز ، فان اعتقه المولى في مرضه ثم مات لم تجز الكفالة عند ابي حنيفة مالم يؤد السعاية •

٢٦٢٣ـ وفي قولهما صحت الكفالة بالموت ، لان الحر ما دام يسعى فهو كالعبد عنده •

فصـــل

٢٦٢٤ـ واذا تكفل عن ميت بدين ، فان كان له وفاء صحت الكفالة باتفاق وكذلك ان كان له ضامن ، وان كان لم يخلف وفاء ولا ضمينا فالكفالة باطلة عند ابي حنيفة لانه دين سقطت المطالبة به على التأبيد فلم تجز الكفالة به كما لو ابرأ منه •

٢٦٢٥ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تجوز الكفالة لما روى في خبر أبي قتادة انه قال للنبي عليه السلام في الميت الذى قدم ليصلى عليه فامتنع لاجل الدين فقال أبو قتادة : هما على دين وانت منهما بريء فصلى عليه وقياسا على دين الحي فأنه يصح ابراؤه منه •

فصـــل

٢٦٢٦ـ واذا اقترض النصراني من النصراني خمرا وكفل نصراني بهما فاسلم الطالب بريء الكفيل والمطلوب باتفاق •

٢٦٢٧ـ واذا أسلم المطلوب برىء الكفيل والمطلوب في قول ابي حنيفة وابي يوســـف •

٢٦٢٨ـ وقال محمد : الطالب بالخيار ان شاء اخذ من الكفيل الخمر وان شاء أخذ من المطلوب القيمة ، فان أخذ من الكفيل يرجع على المطلوب بقيمته •

وهذه رواية علقمة بن مرثد (١) بن يزيد عن أبي حنيفة •

٢٦٢٩ ـ ولو اسلم الكفيل فان في قول ابي حنيفة وابي يوسف لا برىء عن الكفيل ويرجع الطالب على المطلوب بالخمر •

٢٦٣٠ـ وعند محمد الطالب بالخيار ان شاء أخذ من الكفيل القيمة وان شاء أخذ من المطلوب الخمر ، فان أخذ من الكفيل لم يرجع على المطلوب بشيء يعني الكفيـــل •

فصـــل

٢٦٣١ـ ولو لم يكن قرضا ، ولكن كان ثمن مبيع وبه كفيل فاسلم البائع أو المشترى بطل البيع وسقطت الخمرة عن الكفيل في قولهم جميعا •

٢٦٣٢ـ وان أسلم الكفيل فهو على الخلاف •

٢٦٣٣ـ وعند الشافعي البيع باطل والقرض ولا يصح الضمان [illegible] على أصله ان الخمر ليست بمال في حق أحد ، وحكم الذمى والمسلم في ذلك سواء •

فصـــل

٢٦٣٤ـ واذا ابرأ الكفيل برىء ولا يرجع على المكفول بشيء بغير الكفالة • ولو قال الطالب برئت الى برىء الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب [illegible] هذين الفصلين باتفـاق •

---

(١) علقمة بن مرثد ـ بمثلثه ـ الحضرمي أبو الحارث الكوفي ، روى عن سعد بن عبينة وزر بن حبيش وطارق بن شهاب والمستورد بن الاحنف وسلمان بن بريده وعبدالرحمن بن سابط والقاسم بن مخيمرة وأبى جعفر محمد بن علي ومقاتل ابن حيان وغيرهم • وعنه شعبة والثورى ومسعر والمسعودى وابو حنيفة وغيرهم وروى له الستة • وثقة غير واحد ومات في ولايـة القسرى على العـراق (تهذيب التهذيب) •

فصـــل

٢٦٣٥- ولو قال : برئت ، ولم يقل الى فان في قول ابي يوسف يرجـع على المطلوب ، وهو بمنزلة قوله برئت الى •

وقال محمد لايرجع ، وهو مثل قوله ابرأتك•

فصـــل

٢٦٣٦ ـ ولو ان رجلا مات وعليه دين فابرأ الطالب الميت فقبل الورثـة جاز ، وان رد الورثة فالدين على حاله في قول ابي يوسف •

٢٦٣٧- وفي قول محمد وقعت البراءة وسـقط الدين •

فصـــل

قاعدة من يصح منه الضمان

٢٦٣٨- ويصح الضمان من كل جائز التصرف في ماله باتفاق •

٢٦٣٩ ـ فأما المحجور عليه لسفه فلا يصح ضمانه عنـد من يرى الحجـر جائزا ، ويصح عند من ابطله •

٢٦٤٠- ولا يصح ضمان صبي ولا مجنون لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع •

فصـــل

ضمان من حجر عليه لأجل الفلس

٢٦٤١- واتفق الجميع على أن من حجر عليه لاجل الفلس ان ضمـانه يصح لانه ايجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بمال فى الذمة •

فصـــل

ضمان العبد بغير إذن

٢٦٤٢- واختلف في العبد اذا ضمن بغير اذن المولى فمنهم من قال يصـح

ضمانه ويتبع به اذا اعتق لانه لا ضرر فيه على المولى ، لانه يطالب به بعد العتق •

٢٦٤٣ ـ ومنهم من قال لايصح لان عقـد يتضمن ايجاب مال فلم يصح بغير اذن كالنكاح ، وهذا قولنا •

فصـــل

٢٦٤٤- واذا ضمن باذن المولى صح ضمانه لان الحجر لحقه فزال باذنه •

٢٦٤٥ ـ واختلف فيه من أين يقضي فقالوا : ان قال اقض من كسبك قضاه من الكسـب •

٢٦٤٦- وان قال مما في يديك من مالى قضى من ذلك •

٢٦٤٧- وان لم يذكر القضاء فمنهم من قال يتبع به اذا اعتق لانه اذن في الضمان دون الاداء[1] •

٢٦٤٨ ـ ومنهم من قال يقضي من كسبه ان كان له كسب ، أو من الـذى في يديه ان كان في يديه مال ، ويتعلق عندنا برقبته •

فصـــل

ضمان المكاتب

٢٦٤٩- واختلف في ضمان المكاتب •

فقال أصحابنـا :

لايصح بغير دين المكاتبة لانه تبرع ، وان كان اذن له مولاه •

٢٦٥٠- وقال الشافعي في المكاتب وتبرعه باذن المولى على قولين ثم بنـاء [ذلك][2] على ذلك فى الصحة والفساد •

---

(١) هذا مثال التفرقة الفقه الاسلامي بين عنصرين في الالتزام بـين المديونية (الضمان) وبين المسؤولية (الاداء) والى مثل هذه التفرقة يذهب الفقه الالمـاني •

(١) من نسخة قليج •

فصـــل

المبادرة بكفالة النفس

٢٦٠٥- وان كفل بنفس رجل ولم يخاطبه أحـد فانه لايجوز عند ابي حنيفة ومحمد •

٢٦٠٦- ويجوز في قول ابي يوسف الاخير لان ذلك شطر العقد •

توقف الكفالة بالنفس على إجازة الطالب

٢٦٠٧ - وان خاطبه انسان اجنبي فهـو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقد موقوف تام فوقف على الاجازة •

٢٦٠٨- فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قـول ابي حنيفة ومحمد ايضاً •

٢٦٠٩ - ولو كان المطلوب مريضا فقال لورثته اكفلوا عنى فالقياس ان لا يجوز عندهما أيضا ، والاستحسان ان يجوز •

٢٦١٠ - خلاف ابى يوسف والشافعى فى الفصلين •

فصـــل

٢٦١١- ولو قال المريض لاجنبي اكفل عني فتكفل فمن اصحابنا من قـال هو مثل الورثة •

٢٦١٢- وقال بعضهم لايجوز وهو خلاف الورثة •

٢٦١٣-وعند ابي يوسف في قوله الاخير هذا جائز وهو قول الشافعي •

فصـــل

الكفالة البدلية[1]

٢٦١٤- ولو تكفل بنفس المطلوب على انه ان لم يسلمه الى الطالب غـدا

(١) وازن هذا بالالتزام البدلي من القانون المدنى العراقى م ٣٠٢ •

او فى وقت وقته فعليه نفس فلان آخر فالكفالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفـالة الثاني جائزة عند ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول وهو قول محمد •

فصـــل

التكفل بمال إن لم يحضر المكفول

٢٦١٥ - ولو أنه قال :
ان لم اسلمه غدا فمالك عليه عليّ فهو جائز في قولهم جميعا •

٢٦١٦- فان احضره في الوقت لم يلزمه ضمان المال ، وان لم يحضره لزمه المال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا •

فصـــل

٢٦١٧- ولو قال له: ان لم أوافك به غدا فمالك على فلان انسان آخر فعلى أو فلك علي ألف درهم فهو على الخلاف المتقدم ، لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط كالطلاق •

خلاف الشافعي •

٢٦١٨- وتصح في المجهول وبالمجهول

٢٦١٩- خلاف الشافعي • لقوله عليه السلام الزعيم غارم •
وقال « وانا به زعيم »
والغرم اللزوم في اللغة

فصـــل

٢٦٢٠- وقالوا لو قال له : ان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان علي او لي لازم فالكفالة الاولى جائزة والثانية باطلة في قولهم جميعا •

فصل

تعليق الضمان على شرط

٢٦٦٦- ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهالة ، ويجوز تعليقه بخطر(١) وغرر فهو كالطلاق والعتاق .

٢٦٦٧- وقال الشافعي : لايصح لانه اثبات مال لآدمي كالثمن .

فصل

الضمان المؤجل

٢٦٦٨- ويجوز الضمان حالا ومؤجلا على حسب مايشترط .

٢٦٦٩- وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق ومعروف.

٢٦٧٠- وعندنا انه لايجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقا ومعروفا .

٢٦٧١- واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟

فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلا ومنهم من قال لايجوز لانه فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا وبهذا يبطل(٢) اذا كان حالا وضمن مؤجلا ، فان الفرع بخلاف الاصل .

فصل

شرط الخيار في الضمان

٢٦٧٢- ويجوز شرط الخيار في الضمان عندنا .

٢٦٧٣- وقال الشافعي لايصح لانه عقد فهو كالبيع ولا يبطل بالشروط الفاسدة ، وقال الشافعي يبطل .

---

(١) في نسخة قليج على شرط لانه يصح مع الجهالة ويجوز تعليقه بشرط وغرو .

(٢) في نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليج .

فصل

موت المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٤- واذا مات المكفول عنه بالنفس برىء الكفيل لانه سقط عنه الحضور فسقط عن كفيله ، كما لو برىء من المال برىء الكفيل .

فصل

تعذر إحضار المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٥- واذا تعذر على الكفيل احضاره لبعده وغيبته تأخرت المطالبة عن الكفيل ولا يحبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فان جاء به والا حبس ، لان التسليم يجب بحسب الامكان .

فصل

الكفالة بالحدود والقصاص

٢٦٧٦- ولا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص عند أبي حنيفة .

٢٦٧٧- وقال أبو يوسف ومحمد تجوز .

٢٦٧٨- وكان أبو الحسن يقول : تجوز عندهم جميعا .

٢٦٧٩ - وانما لا يطالبه القاضي لان المقصود بالكفالة التوثيق والقاضي مأمور بالتوصل الى درىء الحدود فلا يتوثق .

٢٦٨٠- واتفقوا على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لاتجوز ، لانه لايمكن استيفاء ذلك من الكفيل .

فصل

مطالبة الكفيل والمكفول

٢٦٨١- وله أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكون مطالبته لاحدهما ابراء للآخر من الطلب .

فصـــل

تعليق الضمان على شرط

٢٦٦٦- ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهالة ، ويجوز تعليقه بخطر[1] وغرر فهو كالطلاق والعتاق •

٢٦٦٧- وقال الشافعي : لايصح لانه اثبات مال لآدمي كالثمن •

فصـــل

الضمان المؤجل

٢٦٦٨- ويجوز الضمان حالا ومؤجلا على حسب مايشـترط •

٢٦٦٩- وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق ومعروف•

٢٦٧٠- وعندنا انه لايجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقا ومعروفا •

٢٦٧١- واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟

فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلا ومنهم من قال لايجوز لانه فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا وبـــذا يبطل[2] اذا كان حالا وضمن مؤجلا ، فان الفرع بخلاف الاصل •

فصـــل

شرط الخيار في الضمان

٢٦٧٢- ويجوز شرط الخيار في الضمان عندنا •

٢٦٧٣- وقال الشافعي لايصح لانه عقد فهو كالبيع ولا يبطل بالشـروط الفاسـدة ، وقال الشافعي يبطـل •

---

(١) في نسخة قليج على شرط لانه يصح مع الجهالة ويجـوز تعليقه بشرط وغرو •

(٢) في نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليج •

فصـــل

موت المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٤- واذا مات المكفول عنه بالنفس برىء الكفيل لانه سقط عنه الحضور فسقط عن كفيله ، كما لو برىء من المال برىء الكفيل •

فصـــل

تعذر إحضار المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٥- واذا تعذر على الكفيل احضاره لبعده وغيبته تأخرت المطالبة عن الكفيل ولا يحبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فان جاء به والا حبس ، لان التسليم يجب بحسـب الامكان •

فصـــل

الكفالة بالحدود والقصاص

٢٦٧٦- ولا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص عند أبي حنيفة •

٢٦٧٧- وقال أبو يوسف ومحمد تجـوز •

٢٦٧٨- وكان أبو الحسن يقول : تجوز عندهم جميعا •

٢٦٧٩ - وانما لا يطالبه القاضي لان المقصود بالكفالة التوثيق والقاضي مأمور بالتوصل الى درىء الحدود فلا يتوثق •

٢٦٨٠- واتفقوا على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لاتجوز ، لانـه لايمكن اسـتيفاء ذلك من الكفيل •

فصـــل

مطالبة الكفيل والمكفول

٢٦٨١- ولو أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكـون مطالبته لاحدهما ابراء للآخر من الطلب •

٢٦٨٢- وهما قول الشافعي أيضاً •

٢٦٨٣ - وفرق أصحابنا بين هذا وبين غاصب الغاصب فقالوا :
اذا طالب احدهما لم يكن له أن يطالب الآخر ، لأنه مال ثابت في ذمتهما فله أن يطالب كل واحد منهما •

٢٦٨٤- وقال ابن ابي ليلى : ليس له أن يطالب الاصيل وقد برئ بالضمان كما ليس له أن يطالب المحيل •

٢٦٨٥- وفرق أصحابنا بين المحيل وبين المكفول عنه في المطالبة •

٢٦٨٦- وسوى زفر وعافية بن زيد بين الجميع ، وقال له أن يطالب الاصيل والفرع جميعا في الحوالة كالضمان •

فصل

٢٦٨٧ - وان ضمن الضامن آخر [جاز الضمان] لأنه دين ثابت كالاصل ، والاول وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لان المضمون عنه اصل والضامن فرع فلا يجوز ان يصير الفرع اصلا والاصل فرعا ، ولانه يضمن بالضمان ما في ذمته •

فصل

وفاء المضمون عنه الدين

٢٦٨٨ - واذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برئ الضامن ، لانه وثيقة فانحلت بقبض الحق كالرهن •

٢٦٨٩- وان قبض من القاضي برئ المضمون عنه لانه استوفى الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن •

فصل

إبراء المضمون عنه

٢٦٩٠- وان ابرأ المضمون عنه برئ الكفيل ، وان ابرأ الكفيل لم يبرأ المضمون عنه عندنا والشافعية ومنهم من قال يبرأ أيضا ، وهو قول داود[1] فيما رأيت في الخلاف •

فصل

باب اختلافهما في الكفالة والضمان

٢٦٩١- واذا قال الطالب للكفيل : كفلت مالي على فلان وهو ألف درهم، فقال الكفيل بل هو خمسمائة أو كفلت بالنصف من ذلك فالقول قول الكفيل والبينة بينة الطالب لانها تثبت الضمان •

فصل

٢٦٩٢ - فان قال : مالك على فلان فهو علي فاقام البينة عليه بمائة لزم الكفيل ذلك ، وان لم يقم البينة فالقول قول الكفيل فيما يقر به من الحق عليه •

فصل

٢٦٩٣ - واذا ادعى على عبد رجل فانكر العبد والمولى فأقام بينة بحضرة المولى فان العبد يحبس ويؤخذ منه كفيل ، في قول ابي حنيفة •

٢٦٩٤ - وقال أبو يوسف : يأخذ من العبد كفيلا ولا يأخذ من مولاه •

فصل

٢٦٩٥- واذا ادعى[2] على رجل انه كفل بنفس فلان فانكر الكفيل فان القاضي يحلف بالله :

---

(١) المقصود به داود مؤسس المذهب الظاهري •
(٢) في نسخة قليج : واذا ادعى على عبد رجل قذفاً •



وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

أعمال موسوعية مساعدة
تحقيق التراث الفقهي
٣

الفروق للكرابيسي

أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي
قبل ٤٩٠ - ٥٧٠ هـ

حققه
الدكتور محمد طموم

راجعه
الدكتور عبد الستار أبو غدة

٦٨١ ـ اذا(١) وهب الطالب المال للكفيل(٢) فقبله رجع(٣) به الكفيل(٤) على الذي عليه الأصل ، وكذلك المحتال(٥) عليه .

ولو أبرأه لم يرجع به عليه .

والفرق ان الهبة عقد تمليك ، بدليل انه لو صادف (٦عيناً لملك) افاد الملك ، فقد ملكه(٧) ما في ذمته بالهبة ، فصار كما لو ملكه بالاداء ، ولو ملكه بالاداء لرجع على صاحب الأصل ، كذلك هذا .

وليس كذلك الابراء ، لأنه(٨) ليس بتمليك ، وانما هو اسقاط للحق(٩) ، بدليل انه لو صادف عيناً لا يفيد الملك ، فصار فسخاً للكفالة ، واسقاطاً(١٠) لها(١١) فكأنها لم تكن ، و(١٢) لو لم تكن لم يرجع عليه بشيء(١٣) ، كذلك هذا .

٦٨١ ـ اذا شهد شاهد بأنه(١٤) باعه بثمن حال ، وشهد شاهد بأنه باعه بثمن مؤجل ، لم تقبل شهادتهما .

ولو شهد شاهد بأنه كفل بألف حالة ، وشهد الآخر بأنه كفل له(١٥) بألف مؤجلة ، (١٦جازت شهادتهما١٦) .

(١٧والفرق ان الأجل اذا شرط في البيع صار صفة للثمن ، بدليل انه لو قالت : بعت بألف درهم ، فقال : قبلت بألف مؤجل(١٧) لم يجز(١٨) ، (١٩فقد

(١) في ب « واذا » .
(٢) في ب « لكفيل » .
(٣) في ب « ورجع »
(٤) ليست موجودة في ب
(٥) في أ « المحيل » ، وفي ب « المختال » .
(٦) في أ « عينا بملك » .
(٧) في أ « ملك » .
(٨) في ب « الا انه » .
(٩) في ب « الحق » .
(١٠) في أ « او »
(١١) في أ « فانها » .
(١٢) الزيادة من ب
(١٣) في أ « شيء » .
(١٤) في أ « انه »
(١٥) الزيادة من ب .
(١٦) ما بين القوسين ليس موجودا في ب
(١٧) ما بين القوسين ليس موجودا في ب .
(١٨) في ب « لم تجز » .
(١٩) في أ « فشهد » .

شهد) احدهما بعقد غير ما شهد به الآخر ، فلم يجز(١) .

وليس كذلك الكفالة ، لأن الأجل شرط ملحق بالعقد ، فاذا اتفقا على العقد ، واختلفا في شرطه(٢) (٣يلحق به) ، فلم يثبت الشرط وبقي العقد .

٦٨٣ ـ واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه(٤) ، ولو اقر انه كفل(٥) في الصحة لزمه من(٦) جميع المال ، اذا لم يكن لوارث او عن(٧) وارث .

ولو أقر بالهبة او العتق في حال المرض واضافه الى حال الصحة كان من الثلث .

والفرق ان في الكفالة معنى التبرع(٨) ، لأنه يقرض(٩) الشيء من ذمته ليرجع(١٠) عليه في الثاني ، فصار كإقراض العين ، وفيها معنى المعاوضة(١١) ، (١٢بدليل انه يرجع بما يؤدي ، فقد اخذ شبهاً من الأصل : شبهاً بالمعاوضة١٢) من وجه ، وشبه(١٣) التبرع من وجه ، (١٤فلشبهها بالتبرع) قلنا : اذا كفل في حال(١٥) المرض كان محتسباً من الثلث ، ولشبهها(١٦) بالمعاوضة(١٧) قلنا(١٨) : اذا قال : كفلت في حال الصحة صُدق ولزمه من جميع المال فيكون(١٩) فيه توفير (٢٠حظه من الشبهين) .

(١) فلم تجز .
(٢) في أ « الشرط »
(٣) الزيادة من ب
(٤) في ب « ثلاثة »
(٥) في جـ « كفيل » .
(٦) ليست موجودة في ب .
(٧) في أ « من » .
(٨) في ب « للتبرع » .
(٩) في ب « بعرض » .
(١٠) في ب « لرجع » .
(١١) في أ « المفاوضة » .
(١٢) الزيادة من ب .
(١٣) في ب « شبهة » .
(١٤) في ب « فشبهته بالشرع » .
(١٥) في ب « حالة » .
(١٦) في ب « ولشبهه » .
(١٧) في أ « بالمفاوضة » .
(١٨) الزيادة من ب
(١٩) في ب « ليكون » .
(٢٠) في أ « حظه من الشبهتين » .

على غير المال من وجه ، اما شبهها بالمال من حيث ان المنافع[1] تصير مالا بالعقد عليها ، وتشبه العقد على غير المال من حيث انه[2] لو غصب دارا فسكنها لا يوجب الاجر ، ولو[3] استأجر دارا بدار لم يجب للشفيع فيها شفعة ، فلو[4] قلنا انه يجوز على حيوان بغير عينه لالحقناه لما ليس بمال وابطلنا شبهه بالمال ، وهذا لا يجوز [5]فيوجب من الشبهين[5] .

او نقول : لما اخذ شيئا من الاصلين غلبنا[6] جهة المالية فيها ، لانه يقبل التحويل والنقل الى غيره[7] ، فصار كالمال والحيوان لا يثبت في الذمة بدلا عما هو [8]مال كالسلم[8] .

واما النكاح فالبضع[9] ليس بمال ، ولا يشبه العقد على الاموال بوجه ، فلو جوزنا[10] على عبد بغير عينه لم يؤد الى ابطال شبهه بالمال ، فجوزنا على عبد بغير عينه ، ومن اصحابنا من قال : ان المنافع[11] مال[12] ، لانها تستفاد[13] من المال ، وانما لا تضمن[14] بالغصب ، لان اليد لا تثبت[15] عليه ، والحيوان لا يجوز[16] ان يثبت في الذمة[17] بدلا عما هو مال[18] ، بخلاف البضع والدم العمد[19] ، فانها ليسا بمال ، لان الحر ليس بمال .

* * *

---

(١) في ب « المانع »
(٢) ليست موجودة في (ب)
(٣) في ب « ولو ول » تكرار
(٤) في أ « ولو »
(٥) في أ « فتوفر حنطه من الشبهتين »
(٦) في أ « علينا »
(٧) في أ « غير »
(٨) في أ « مالك السلم لم »
(٩) في أ « والبضع »
(١٠) في أ « جوزناه »
(١١) في ب « المانع »
(١٢) في أ « ملك »
(١٣) في ب « تستغال »
(١٤) في ب « لايضمن »
(١٥) في أ « لا يثبت »
(١٦) الزيادة من ب
(١٧) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)
(١٨) الزيادة من ب
(١٩) في ب « والعمد »

كتاب الكفالة[1] والحوالة

٦٧٤ ـ اذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على أن[2] بعضهم كُفَلاء عن بعض كان للطالب[3] ان يأخذ ايهم شاء بنفس الاول ، وأيهم دفع بنفسه[4] اليه برىء هو وصاحباه .

ولو[5] كفل رجل بنفس رجل ، وكفل به آخر فدفعه احدهم اليه لم يبرأ صاحبه .

والفرق انهم التزموا تسليما واحدا في المسألة الاولى لما اشتركوا[6] في الضمان لاستحالة ان يجب تسليمه[7] مرة بعد[8] اخرى في حالة واحدة ، وصار كل واحد كالآذن لصاحبه في تسليمه اليه ، فاذا وفاه احدهم برئوا جميعا كما لو[9] اجتمعوا على التسليم .

وليس كذلك في المسألة الثانية ، لان كل واحد ضمن غير ما ضمنه[10] الآخر ، لان تسليم[11] النفس مضمون عليه مرة بعد اخرى حتى تنفصل[12] الخصومة ، فكل واحد ضمن[13] غير ما ضمنه الآخر [14]فلا يبرأ بتسليم ما ضمنه الآخر[14] كما لو كفل كل[15] واحد دينا على حده .

٦٧٥ واذا[16] كفل[17] ثلاثة عن رجل على ان كل واحد ضامن عن صاحبه

---

(١) في ب « الوكالة »
(٢) الزيادة من ب
(٣) في أ « لطالب »
(٤) في ب « نفسه »
(٥) الزيادة من ب
(٦) في أ « اشركوا »
(٧) في أ « تسليم »
(٨) ليست موجودة في (ب)
(٩) الزيادة من ب
(١٠) في ب « ضمن »
(١١) في أ « التسليم »
(١٢) في أ « ينفصل »
(١٣) ليست موجودة في (ب)
(١٤) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)
(١٥) الزيادة من ب
(١٦) في ب « الواو » ليست موجودة
(١٧) الزيادة من ب

فأدى احدهم شيئا منه رجع على صاحبه بنصف ما ادى ثم رجعا[1] على الثالث بثلث ما ادى ، وكذلك لو كاتب[2] عبدين على الف درهم وجعل[3] كل واحد كفيلا[4] عن صاحبه فلما ادى احدهم كان له الرجوع على صاحبه بنصف ما ادى .

ولو اشتريا من رجل عبدا بالف ، وضمن كل واحد الثمن عن صاحبه ، او كان لرجلين على رجل[5] الف درهم وكل[6] واحد كفيل عن صاحبه ، فلما ادى احدهما لا يرجع على شريكه بشيء ، الا[7] ان يزيد على النصف فحينئذ يرجع عليه .

والفرق ان في الكفالة الجهة جهة واحدة هي الكفالة ، وليس بعضها اصل[8] وبعضها كفالة ، فاذا[9] كانت الجهة واحدة استويا فيه ، فلما ادى احدهما وقع عن نفسه وعن صاحبه فرجع[10] عليهما ، وكذلك في الكتابة الجهة جهة[11] واحدة ، لان جميع المال مضمون على كل واحد[12] بالكفالة ، اذ[13] لو لم يجعل كذلك لكان بعضه[14] اصلا وبعضه[15] كفالة ، والكفالة بمال الكتابة لا تجوز[16] ، فاستويا فيه ، فلما ادى احدهما وقع عن[17] نفسه وصاحبه .

وليس كذلك في الشراء والدين ، لان الوجوب هناك جهتان[18] بعضه[19] بالاصل وبعضه بالكفالة عن صاحبه ، فاذا ادى شيئا وقع عن الاصل ، لانه

(1) في أ « رجع »
(2) في أ « كانت »
(3) في أ « فجعل »
(4) في أ « كفيل »
(5) في أ « رجلين »
(6) في أ « فكل »
(7) الزيادة من ب
(8) الزيادة من ب
(9) في ب (واذا)
(10) في ب « فيرجع »
(11) في أ « وجهه »
(12) في ب « واحدة »
(13) الزيادة من ب
(14) في ب « بعضهم »
(15) في ب « وبعضهم »
(16) في أ « لا يجوز »
(17) في ب « في »
(18) في أ « جهتين »
(19) الزيادة من ب

آكد[1] من الفرع حتى يزيد على[2] النصف ، اذ لو جعلنا بعضه[3] عن الكفالة ليرجع[4] على شريكه لكان لشريكه ان يرجع عليه بما[5] يؤدي ، [6]فلا فائدة[6] فيه ، فجعلناه مؤديا عن نفسه ، فاذا زاد على النصف وقع عن[7] شريكه فرجع عليه .

[8]ووجه آخر ان في الكفالة[8] والكتابة من حيث يجعل اداء بعض المال عن صاحبه لا يقدر صاحبه على[9] ان يجعل اداءه عنه ، لان جميع المال واجب على كل[10] واحد بالكفالة والكتابة [11]من حيث[11] له اداء[12] البعض عنه واداء[13] الجميع فاذا [14]ادى بعضا[14] رجع عليه .

وليس كذلك الشراء والدين ، لانا لوجعلنا له الرجوع على صاحبه فيما دون النصف لكان لصاحبه ان يجعل عنه فيقول : ان جعلته عن كفالته عني جعلته عن كفالتي عنك حتى أرجع عليك ، فلم يكن له ان يجعله عنه فوقع الاداء عن نفسه فإذا زاد على النصف لم يقدر ان يجعل صاحبه اداه[15] عنه ، لانه لم يكن عليه الا النصف فوقع عن صاحبه[16] فكان له الرجوع عليه .

٦٧٦ ـ الكفالة بالنفس والمال تصح بغير [17]رضا المكفول عنه .
والوكالة عن الغير بغير[17] رضا الموكل لا يجوز .

والفرق ان في الوكالة ايجاب حق[18] لنفسه على الموكل ، وهو [19]تنفيذ اقراره[19]

(1) في ب « اكد »
(2) في ب « عن »
(3) في ب « وبعضهم »
(4) في أ « لرجع »
(5) في ب « كما »
(6) في أ « فلا يده »
(7) في أ « على
(8) في أ « والفرق ان في الكتابة »
(9) الزيادة من (ب)
(10) في أ « فكل
(11) في أ « وقد جعال »
(12) في ب « ادا »
(13) في ب « وادي »
(14) في أ « القضا »
(15) في أ « اداؤه »
(16) الزيادة من ب
(17) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)
(18) في أ « الحق »
(19) في ب « ينعقد اوامره »

فأدى احدهم شيئا منه رجع على صاحبه بنصف ما ادى ثم رجعا[1] على الثالث بثلث ما ادى ، وكذلك لو كاتب[2] عبدين على الف درهم وجعل[3] كل واحد كفيلا[4] عن صاحبه فما ادى احدهم كان له الرجوع على صاحبه بنصف ما ادى .

ولو اشتريا من رجل عبدا بالف ، وضمن كل واحد الثمن عن صاحبه ، او كان لرجلين على رجل[5] الف درهم وكل[6] واحد كفيل عن صاحبه ، فما ادى احدهما لا يرجع على شريكه بشيء ، الا[7] ان يزيد على النصف فحينئذ يرجع عليه .

والفرق ان في الكفالة الجهة جهة واحدة هي الكفالة ، وليس بعضها اصل[8] وبعضها كفالة ، فاذا[9] كانت الجهة واحدة استويا فيه ، فما ادى احدهما وقع عن نفسه وعن صاحبه فرجع[10] عليهما ، وكذلك في الكتابة الجهة جهة[11] واحدة ، لان جميع المال مضمون على كل واحد[12] بالكفالة ، اذ[13] لو لم يجعل كذلك لكان بعضه[14] اصلا وبعضه[15] كفالة ، والكفالة بمال الكتابة لا تجوز[16] ، فاستويا فيه ، فما ادى احدهما وقع عن[17] نفسه وصاحبه .

وليس كذلك في الشراء والدين ، لان الوجوب هناك جهتان[18] بعضه[19] بالاصل وبعضه بالكفالة عن صاحبه ، فاذا ادى شيئا وقع عن الاصل ، لانه

(1) في أ : رجع .
(2) في أ : كانت .
(3) في أ : فجعل .
(4) في أ : كفيل .
(5) في أ : رجلين .
(6) في أ : فكل .
(7) الزيادة من ب
(8) الزيادة من ب
(9) في ب (واذا)
(10) في ب : فيرجع .
(11) في أ : وجهه .
(12) في ب : واحدة .
(13) الزيادة من ب
(14) في ب : بعضهم .
(15) في ب : وبعضهم .
(16) في أ : لا يجوز .
(17) في ب : في .
(18) في أ : جهتين .
(19) الزيادة من ب

آكد[1] من الفرع حتى يزيد على[2] النصف ، اذ لو جعلنا بعضه[3] عن الكفالة ليرجع[4] على شريكه لكان لشريكه ان يرجع عليه بما[5] يؤدي ، [6]فلا فائدة[6] فيه ، فجعلناه مؤديا عن نفسه ، فاذا زاد على النصف وقع عن[7] شريكه فرجع عليه .

[8]ووجه آخر ان في الكفالة[8] والكتابة من حيث يجعل اداء بعض المال عن صاحبه لا يقدر صاحبه على[9] ان يجعل اداءه عنه ، لان جميع المال واجب على كل[10] واحد بالكفالة والكتابة [11]من حيث[11] له اداء[12] البعض عنه واداء[13] الجميع فاذا [14]ادى بعضا[14] رجع عليه .

وليس كذلك الشراء والدين ، لانا لوجعلنا له الرجوع على صاحبه فيما دون النصف لكان لصاحبه ان يجعل عنه فيقول : ان جعلته عن كفالته عني جعلته عن كفالتي عنك حتى أرجع عليك ، فلم يكن له ان يجعله عنه فوقع الاداء عن نفسه فإذا زاد على النصف لم يقدر ان يجعل صاحبه اداه[15] عنه ، لانه لم يكن عليه الا النصف فوقع عن صاحبه[16] فكان له الرجوع عليه .

٦٧٦ ـ الكفالة بالنفس والمال تصح بغير [17]رضا المكفول عنه .
والوكالة عن الغير بغير[17] رضا الموكل لا يجوز .

والفرق ان في الوكالة ايجاب حق[18] لنفسه على الموكل ، وهو [19]تنفيذ اقراره[19]

(1) في ب : اكد .
(2) في ب : عن .
(3) في ب : وبعضهم .
(4) في أ : لرجع .
(5) في ب : كما .
(6) في أ : فلا بده .
(7) في أ : على .
(8) في أ : والفرق ان في الكتابة .
(9) الزيادة من (ب)
(10) في أ : فكل .
(11) في أ : وقد جعال .
(12) في ب : ادا .
(13) في ب : وادي .
(14) في أ : القضا .
(15) في أ : اداؤه .
(16) الزيادة من ب
(17) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)
(18) في أ : الحق .
(19) في ب : ينعقد اوامره .

وبيعه وشرائه[١] او سماع البينة عليه ، وايجاب الحق على الغير بغير رضا الغير لا يجوز .

وليس كذلك الكفالة ، لانه ليس فيه ايجاب حق على الغير ، ولا في ملكه ، وانما هو تحمل حق مضمون عنه ، وتحمل الحق[٢] عن الغير بغير رضاه جائز كما لو قضى دينه .

٦٧٧ ـ اذا[٣] كان على العبد دين او المدبر ، فكفل بإذن المولى عن المولى بمال ، ثم اعتقه المولى ، فاختار غرماء[٤] العبد استسعاء[٥] العبد ، لم يكن للمكفول له[٦] ان يشاركهم في تلك القيمة ويتبعونه[٧] بدينهم بعد المعتق .

ولو كان مكان العبد ام ولد فعتقت ، فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها .

والفرق ان العبد يقبض رقبته وصية ، وكذلك المدبر[٨] بدليل انه يعتبر[٩] خروجها من[١٠] الثلث ، ولو كان عليه دين مستغرق يسعى[١١] في جميع قيمته ، فدل على انه يقبض رقبته وصية ، فاذا كان عليه دين وجبت[١٢] السعاية (١٣لاجل الدين ، لان الدين مقدم على الوصية فصار بقاء تلك السعاية١٣) عليه كبقاء

(١) في ب « او شراؤه »
(٢) في ب « على »
(٣) في ب « واذا »
(٤) في ب « غير »
(٥) في ب « استيفاء »
(٦) ليست موجودة في (ب)
(٧) في أ « يبعونه »
(٨) في أ « الدين »
(٩) في ب « بغير »
(١٠) في ب « عن »
(١١) في أ « سعى »
(١٢) في ب « وقت »
(١٣) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)

الرق ، لان المستسعاة[١] عند ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة المكاتب ، واذا بقي الرق صار هذا دينا[٢] وجب على رقيق ، فكان اولى من دين المولى كما لو لم يعتقه .

واما أم الولد فانها لا تقبض رقبتها وصية ، بدليل انها لا تسعى لغريم (٣ولا لوارث٣) ، فلم يكن الدين مقدما على عتقها[٤] ، اذ لا يجب استبقاء الرق فيها فعتقت ، ووجوب[٥] الدين عليها بالكفالة ، وعليها دين نفسها ، وصارت كحرة[٦] اجتمعت عليها ديون ، فاشتركوا جميعا في تلك القيمة .

٦٧٨ ـ اذا[٧] كفل رجل[٨] عن رجل بمال ولم يؤده[٩] لم يكن له ان يطالب المكفول عنه بالدين ، حتى يؤديه .

والوكيل بالشراء له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤدي .

والفرق ان طلب المكفول له لم ينقطع عن المكفول عنه ، بدليل (١٠ان له ان١٠) يأخذه به ، فلو جوزنا[١١] ان يأخذه[١٢] به قبل الاداء لوجهنا عليه طلبين مختلفين بمال واحد وهذا لا يجوز .

وليس كذلك الوكيل ، لان طلب البائع عن الموكل ساقط ، لانه ليس له ان يرجع على الموكل ، لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ، فلو اوجبنا له الرجوع لم يؤد الى[١٣] ان يتوجه طلبان[١٤] بمال واحد في حالة واحدة فجاز .

٦٧٩ ـ ولو امر رجلا خليطا[١٥] له ان ينقد فلانا الف درهم عنه[١٦] فنقده الف درهم (١٧غلة او بهرجة١٧) لم يرجع على الآمر الا بمثل ما اعطى .

ولو كان مكان المأمور كفيل عنه بألف درهم رجع بالف (١٨درهم بحقه١٨) .

(١) في ب « المسعاه »
(٢) في أ « دين »
(٣) في ب « الالف ارث »
(٤) في أ « عتقتها »
(٥) في أ « وجبت »
(٦) في ب « كحجرة »
(٧) في ب « واذا »
(٨) ليست موجودة في ب
(٩) في أ ولم يؤد »
(١٠) في أ « انه لا »
(١١) الزيادة من (ب)
(١٢) في أ « يأخذ »
(١٣) ليست موجودة في ب
(١٤) في ب « انتهى »
(١٥) في أ « خليط »
(١٦) في ب بياض ، وكتب في الهامش : « بياض في الأصل »
(١٧) في ب « عليه »
(١٨) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)

وبيعه وشرائه[١] او سماع البينة عليه ، وايجاب الحق على الغير بغير رضا الغير لا يجوز .

وليس كذلك الكفالة ، لانه ليس فيه ايجاب حق على الغير ، ولا في ملكه ، وانما هو تحمل حق مضمون عنه ، وتحمل الحق[٢] عن الغير بغير رضاه جائز كما لو قضى دينه .

٦٧٧ ـ اذا[٣] كان على العبد دين او المدبر ، فكفل بإذن المولى عن المولى بمال ، ثم اعتقه المولى ، فاختار غرماء[٤] العبد استسعاء[٥] العبد ، لم يكن للمكفول له[٦] ان يشاركهم في تلك القيمة ويتبعونه[٧] بدينهم بعد المعتق .

ولو كان مكان العبد ام ولد فعتقت ، فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها .

والفرق ان العبد يقبض رقبته وصية ، وكذلك المدبر[٨] بدليل انه يعتبر[٩] خروجها من[١٠] الثلث ، ولو كان عليه دين مستغرق يسعى[١١] في جميع قيمته ، فدل على انه يقبض رقبته وصية ، فاذا كان عليه دين وجبت[١٢] السعاية [١٣]لاجل الدين ، لان الدين مقدم على الوصية فصار بقاء تلك السعاية[١٣] عليه كبقاء

(١) في ب « او شراؤه »
(٢) في ب « على »
(٣) في ب « واذا »
(٤) في ب « غير »
(٥) في ب « استيفاء »
(٦) ليست موجودة في (ب)
(٧) في أ « يبعونه »
(٨) في أ « الدين »
(٩) في ب « بغير »
(١٠) في ب « عن »
(١١) في أ « سعى »
(١٢) في ب « وقت »
(١٣) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)

الرق ، لان المستسعاة[١] عند ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة المكاتب ، و[illegible] في الرق صار هذا دينا[٢] وجب على رقيق ، فكان اولى من دين المولى كما [illegible] بعتقه .

واما أم الولد فانها لا تقبض رقبتها وصية ، بدليل انها لا تسعى [illegible] [٣]ولا لوارث ، فلم يكن الدين مقدما على عتقها[٤] ، اذ لا يجب استيفاء [illegible] فيها فعتقت ، ووجوب[٥] الدين عليها بالكفالة ، وعليها دين نفسها ، [illegible] صارت كحرة[٦] اجتمعت عليها ديون ، فاشتركوا جميعا في تلك القيمة .

٦٧٨ ـ اذا[٧] كفل رجل[٨] عن رجل بمال ولم يؤده[٩] لم يكن [illegible] يطالب المكفول عنه بالدين ، حتى يؤديه .

والوكيل بالشراء له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤدي .

والفرق ان طلب المكفول له لم ينقطع عن المكفول عنه ، [illegible][١٠] ان له ان[١٠] يأخذه به ، فلو جوزنا[١١] ان يأخذ[١٢] به قبل الاداء لوجهنا [illegible] طلبين مختلفين بمال واحد وهذا لا يجوز .

وليس كذلك الوكيل ، لان طلب البائع عن الموكل ساقط [illegible] ليس له ان يرجع على الموكل ، لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ، فلو اوجبنا [illegible] الرجوع لم يؤد الى[١٣] ان يتوجه طلبان[١٤] بمال واحد في حالة واحدة فجاز .

٦٧٩ ـ ولو امر رجلا خليطا[١٥] له ان ينقد فلانا الف درهم [illegible][١٦] فنقده الف درهم [١٧]غلة او بهرجة لم يرجع على الآمر الا بمثل ما اعطى .

ولو كان مكان المأمور كفيل عنه بألف درهم رجع بالف [١٨]درهم حقه .

(١) في ب « المسعاه »
(٢) في أ « دين »
(٣) في ب « الالف ارث »
(٤) في أ « عتقتها »
(٥) في أ « وجبت »
(٦) في ب « كحجرة »
(٧) في ب « واذا »
(٨) ليست موجودة في ب
(٩) في أ ولم يؤد »
(١٠) في أ « انه لا »
(١١) الزيادة من (ب)
(١٢) في أ « يأخذ »
(١٣) ليست موجودة في ب
(١٤) في ب « انتهى »
(١٥) في أ « خليط »
(١٦) في ب بياض ، وكتب [illegible] هامش : « بياض في الأصل »
(١٧) في ب « عليه »
(١٨) ما بين القوسين ليس [illegible] في (ب)

والفرق ان في الخليط وجوب الرجوع عليه بما يؤدي ، لا بما يملك ، لأنه ليس في ذمته ضمان قبل[1] الاداء بملك المال عليه به ، ولانه لو أمره[2] ان ينقد الفا فنقد مائة وابرأه من الباقي او وهبه له[3] لم يرجع الا بمائة درهم ، فدل انه انما يرجع بما يؤدي لا بما يملك ، وقد ادى الزيوف والغلة[4] فرجع بما ادى ، كما لو ادى اقل منه في الوزن[5] .

وليس كذلك الكفالة ، لانه انما يرجع[6] بما يملك ، لا بما يؤدي بدليل انه يصير المال مضمونا عليه[7] في ذمته يملك عليه بدله[8] وبدليل انه لو وهب له تسعمائة[9] وقبض مائة رجع عليه بما ضمن وهو[10] الالف ، فدل انه يرجع[11] بما يملك وقد ملك الالف بما ضمن ، فوجب ان يرجع بذلك ، كما لو ادى اقل من الوزن .

٦٨٠ ـ اذا[12] ابرأ الطالب الكفيل من المال فأبى ان يقبل فهو[13] بريء .
ولو ابرأ الذي عليه الأصل فأبى ان يقبل كان المال عليه .

ولو وهب المال من الكفيل او الأصيل فأبيا[14] القبول لم تجز[15] الهبة .

والفرق ان لفظ الابراء ليس بموضوع للتمليك ، بدليل انه لو صادف عيناً لا يفيد التمليك ، وهو ان يقول : ابرأتك من هذه[16] العين ، لم يملكه ، وانما هو عبارة عن اسقاط الحق ، وفي الابراء عن الحق بعد الوجوب معنى التمليك ،

(١) في أ « يقبل »
(٢) في ب « ان ينقله »
(٣) الزيادة من (ب)
(٤) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)
(٥) في ب « الوارث »
(٦) في أ « رجع »
(٧) الزيادة من (ب)
(٨) الزيادة من ب
(٩) في ب « له عن تسعمائة »
(١٠) في أ « هو » ليست موجودة
(١١) في ب « انه لا يرجع »
(١٢) في ب « واذا » .
(١٣) في ب « كان » .
(١٤) في ب بياض ، وكتب في الهامش : «بياض في الاصل » .
(١٥) في أ « لم يجز » .
(١٦) في أ « هذا » .

وفي اسقاط الضمان في الأصل بفسخ[1] الكفالة اسقاط دون التمليك ، فاذا قال للكفيل : ابرأتك ، حمل على فسخ الكفالة من الأصل حتى[2] تمحض[3] اسقاطاً[4] وله فسخ الكفالة فصار كأنه قال[5] : فسخت الكفالة من الأصل ، واذا حمل على فسخ الكفالة صار صريح اسقاط الحق ، واسقاط الحق لا يرتد[6] بالرد ، كما لو طلق امرأته واعتق عبده ، ولهذا قلنا : انه[7] لو اخذ[8] عن الكفيل فرد الأصيل[9] بقي حالاً لأنه لا يمكن[10] ان يجعل اسقاطاً من الأصل فارتد بالرد .

وليس كذلك الأصيل ، لأنه لا يمكن ان يجعل[11] في حقه قوله : ابرأتك على فسخ العقد الذي وجوبه[12] واسقاطه من الأصل ، لأنه يصير بيعا بلا ثمن ، والبيع بغير الثمن باطل[13] ، واذا لم يمكن ان يجعل اسقاطاً من الأصل جعلناه اسقاطاً بعد الوجوب فيكون فيه معنى التمليك ، والتمليك يرتد بالرد كالبيع .

واما الهبة فهي لفظ تمليك ، بدليل انه لو صادف عيناً[14] تفيد[15] الملك ، والتمليك مما يرتد بالرد .

(١) في أ « نفسخ » .
(٢) في ب « حق » .
(٣) الزيادة من ب
(٤) في ب « اسقاط » .
(٥) في أ « وقد » .
(٦) في أ « لا يزيد » .
(٧) الزيادة من ب .
(٨) في أ « احر » .
(٩) في ب « الاصل »
(١٠) في ب « لا يملك » .
(١١) في ب « يحمل » .
(١٢) في أ « وجد به » .
(١٣) في ب « باطلا » .
(١٤) في أ « عيبا » .
(١٥) في أ « بعد » ، وفي ب « تعيد » والمذكور يقتضيه سياق الكلام .

٦٨١ ـ اذا[1] وهب الطالب المال للكفيل[2] فقبله رجع[3] به الكفيل[4] على الذي عليه الأصل ، وكذلك المحتال[5] عليه .

ولو أبراه لم يرجع به عليه .

والفرق ان الهبة عقد تمليك ، بدليل انه لو صادف [6]عيناً لملك[6] افاد الملك ، فقد ملكه[7] ما في ذمته بالهبة ، فصار كما لو ملكه بالاداء ، ولو ملكه بالاداء لرجع على صاحب الأصل ، كذلك هذا .

وليس كذلك الابراء ، لأنه[8] ليس بتمليك ، وانما هو اسقاط للحق[9] ، بدليل انه لو صادف عيناً لا يفيد الملك ، فصار فسخاً للكفالة ، واسقاطاً[10] لها[11] فكأنها لم تكن ، و[12] لو لم تكن لم يرجع عليه بشيء[13] ، كذلك هذا .

٦٨٢ ـ اذا شهد شاهد بأنه[14] باعه بثمن حال ، وشهد شاهد بأنه باعه بثمن مؤجل ، لم تقبل شهادتهما .

ولو شهد شاهد بأنه كفل بألف حالة ، وشهد الآخر بأنه كفل له[15] بألف مؤجلة ، [16]جازت شهادتهما[16] .

[17]والفرق ان الأجل اذا شرط في البيع صار صفة للثمن ، بدليل انه لو قالت : بعت بألف درهم ، فقال : قبلت بألف مؤجل[17] لم يجز[18] ، [19]فقد

(1) في ب « واذا » .
(2) في ب « لكفيل » .
(3) في ب « ورجع »
(4) ليست موجودة في ب
(5) في أ « المحيل » ، وفي ب « المختال » .
(6) في أ « عيبا بملك » .
(7) في أ « ملك » .
(8) في ب « الا انه » .
(9) في ب « الحق » .
(10) في أ « او »
(11) في أ « فانها » .
(12) الزيادة من ب
(13) في أ « شيء » .
(14) في أ « انه »
(15) الزيادة من ب .
(16) ما بين القوسين ليس موجودا في ب
(17) ما بين القوسين ليس موجودا في ب .
(18) في ب « لم تجز » .
(19) في أ « فشهد » .

شهد[19] احدهما بعقد غير ما شهد به الآخر ، فلم يجز[1] .

وليس كذلك الكفالة ، لأن الأجل شرط ملحق بالعقد ، فاذا اتفقا على العقد ، واختلفا في شرطه[2] [3]يلحق به[3] ، فلم يثبت الشرط وبقي العقد .

٦٨٣ ـ واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه[4] ، ولو اقر انه كفل[5] في الصحة لزمه من[6] جميع المال ، اذا لم يكن لوارث او عن[7] وارث .

ولو أقر بالهبة او العتق في حال المرض واضافه الى حال الصحة كان من الثلث .

والفرق ان في الكفالة معنى التبرع[8] ، لأنه يقرض[9] الشيء من ذمته ليرجع[10] عليه في الثاني ، فصار كإقراض العين ، وفيها معنى المعاوضة[11] ، [12]بدليل انه يرجع بما يؤدي ، فقد اخذ شبهاً من الأصل : شبهاً بالمعاوضة[12] من وجه ، وشبه[13] التبرع من وجه ، [14]فلشبهها بالتبرع[14] قلنا : اذا كفل في حال[15] المرض كان محتسباً من الثلث ، ولشبهها[16] بالمعاوضة[17] قلنا[18] : اذا قال : كفلت في حال الصحة صُدق ولزمه من جميع المال فيكون[19] فيه توفير [20]حظه من الشبهين[20] .

(1) فلم تجز .
(2) في أ « الشرط »
(3) الزيادة من ب
(4) في ب « ثلاثة »
(5) في أ « كفيل » .
(6) ليست موجودة في ب .
(7) في أ « من » .
(8) في ب « للتبرع » .
(9) في ب « بعرض » .
(10) في ب « لرجع » .
(11) في أ « المفاوضة » .
(12) الزيادة من ب .
(13) في ب « شبهة » .
(14) في ب « فشبهته بالشرع » .
(15) في ب « حالة » .
(16) في ب « ولشبهه » .
(17) في أ « بالمفاوضة » .
(18) الزيادة من ب
(19) في ب « ليكون » .
(20) في أ « حظة من الشبهتين » .

واما العتق والهبة فتمحض تبرعاً ، فاذا وهب في الحال اعتبر من الثلث ، واذا اقر انه وهب في الصحة فقد فعل[1] بما ليس له ان يبتدئه فيفعله ، وليس[2] له ان يقربه ، فلا يصدق على التقديم ، فجعل كالموجب[3] في الحال ، فاعتبر من الثلث .

٦٨٤ ـ لا يحبس الوالدان[4] في ديون الولد .

ويحبسان[5] في نفقة الولد .

والفرق ان في توجيه[6] الحبس عليه ايجاب عقوبة على الأب ، لأجل مال ابنه ، وهذا لا يجوز ، كما لو سرق ماله لا يقطع ، وكما لو قتل عبده لا يقتل[7] .

واما في النفقة فلو لم يحبسه لأدى[8] الى الاضرار بالصبي الى[9] ان يموت جوعاً ، ففي حبسه توجيه[10] عقوبة على بدنه[11] ، لأجل روح الصبي ، وهذا جائز ، كما لو قتل الأب ابنه ، فإنه يعزر[12] ويؤدب ، كذلك هذا .

* * *

(١) في ب « اقر » .
(٢) في ب « فليس » .
(٣) في أ « بالموجب » .
(٤) في أ « الوالدين في الديون » .
(٥) في أ « ويحبس في النفقة الولد » .
(٦) في أ « توجه » .
(٧) في أ « لا يقبل » .
(٨) في ب « ادى » .
(٩) في أ « والى » .
(١٠) في ب « نوع » .
(١١) في ب « يديه » .
(١٢) في أ « يفز » .

« كتـــاب الصلـــح »

٦٨٥ ـ اذا تهايآ في غلة الدارين ففضلت في يد أحدهما زيادة غلة[2] لم يشاركه[3] صاحبه فيها .

وفي الدار الواحدة اذا فضلت الغلة في يد احدهما زيادة على مال[4] اخذه شريكه شاركه صاحبه فيها .

«والفرق بينهما» [5] ان التهايؤ[6] في الدار الواحد يقع تمييزاً وقسمة[7] واستيفاء لحقه[8] فلا[9] يكون مناقلة ، بدليل انه لو استحق نصيب احدهما لا يرجع على شريكه في نصيبه بشيء ، واذا كان كذلك فقد اوجب بعقده ان يستوفي هو من بدل المنافع مثل ما يستوفي[10] صاحبه ، فوجب المضي على عقده ، فاذا استوفى احدهما اكثر مما استوفاه صاحبه رجع به عليه .

وليس كذلك في غلة الدارين ، لأن المهايأة على غلة الدارين تقع[11] مناقلة ولا تقع[12] استيفاء ، بدليل انهما لو تهايآ ثم استحق نصيب احدهما رجع في حصة شريكه بحقه ، فكل واحد نقل «[13]حقه اعطى الى[13] ما اخذه ، فلم يبق له حق فيه[14] ، فسواء اخذ اقل او اكثر لا سبيل له[15] عليه[16] .

(١) ما بين القوسين ليس موجودا في ب .
(٢) في أ « عليه »
(٣) في ب « يشارك »
(٤) في ب « ما » .
(٥) الزيادة ن ب
(٦) في أ « ازالتهآ » وفي ب « التهاىء » .
(٧) في ب « وقيمة » .
(٨) الزيادة من ب .
(٩) في ب « ولا » .
(١٠) في ب « استوفى » .
(١١) في أ « يقع » .
(١٢) في أ « ولا يقع » .
(١٣) في أ « حصه ما اعطاني » .
(١٤) الزيادة من ب .
(١٥) الزيادة من ب .
(١٦) في ب « انتهى » .

أن يعطيه لا يحل له قتاله بالسلاح ، ويقاتله بغير السلاح .

(١)واذا كان(١) في البئر ماء ، وهو محتاج اليه يخاف على نفسه ، فمنعه صاحب البئر عن البئر جاز له ان يقاتله(٢) بالسلاح .

والفرق ان (٣)الطعام(٣) ملك(٤) له ، وله ان يدفع عن ملكه ويقاتل ، ولو قتل كان شهيداً ، بدليل(٥) ما روي عن رسول الله صلى(٦) الله عليه وسلم انه قال(٧) : « مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيْدٌ » ، واذا(٨) كان هو شهيداً(٩) كان ذاك(١٠) ظالماً له(١١) ، فكره(١٢) له ان يقاتله بالسلاح ، وقد اضطر في احياء نفسه الى ماله ، فكان له ان يقاتله بغير السلاح .

واما الماء فليس بمملوك له ، فاذا منعه كان متعدياً في المنع ، فكان له ان يقاتله بالسلاح(١٣) ، لأن هذا حقه ، فاذا منع عن حقه كان له ان يقاتله بالسلاح ، كما لو قاتله على مال .

---

(١) في ب « يقاتله »
(٢) في ب « يقابله »
(٣) في ب بياض ، وكتب في الهامش : « بياض في الأصل »
(٤) في ب « ملكا »
(٥) الزيادة من ب
(٦) نصيب الراية ، للزيلعي جـ ٤ ص ٣٤٩ ، كتاب الجنايات ، باب ما يوجب القصاص ، الحديث الحادي عشر : قال عليه السلام : « قاتل دون مالك » قلت : روى من حديث ابي هريرة ومن حديث المخارق ابي قابوس فحديث أبي هريرة - روى بروايات مختلفة - ، اخرج مسلم في « كتاب الايمان » والبخاري في « المظالم والقصاص ، في باب من قتل دون ماله » - عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل دون ماله فهو شهيد » انتهى . ولمسلم فيه قصة . وحديث المخارق روي بروايات اخرى .
(٧) الزيادة من ب
(٨) في أ « واكان »
(٩) في أ « شهيد »
(١٠) في أ « هذا »
(١١) ليست موجودة في (ب)
(١٢) في أ « فلره » .
(١٣) في ب « بغير السلاح » .

« كتـاب الرهـن »

٧٢٥ - الرهن بضمان الدرك لا يصح ، ولا يتلف على الضمان .

ولو رهن منه شيئاً بعشرة يقرضه(١) في ثاني(٢) الحال فتلف تلف(٣) على الضمان .

ولو كفل بضمان(٤) الدرك جاز .

والفرق ان ضمان الدرك غير حاصل في الحال ، لجواز ان يلحقه درك أو لا يلحقه ، فقد رهنه بغير مال مضمون ، فلم يكن مضموناً كالرهن بالوديعة والعارية ،

واما ما يقرضه(٥) في ثاني الحال فهو مضمون ، لأنه شرط ان يكون بإزائه عشرة دراهم فهو مقبوض على ضمان العشرة ، فصار مضموناً كالمقبوض على السوم(٦) .

واما الكفالة بالدرك فهو (٧)ضمان بما يستحق(٧) ، والكفالة بضمان غير حاصل في الحال جائز ، كما لو قال : ما بايعت فلاناً فأنا له ضامن فإنه يجوز ، كذلك هذا .

٧٢٦ - لو رهن دابتين (١)فقتلت احداهما(١) الاخرى(٨) ذهب من الدَين

---

(١) في أ « تعرضه »
(٢) في ب « الثاني »
(٣) ليست موجودة في (ب)
(٤) في ب « لضمان »
(٥) في أ « بعرضه » من غير نقط .
(٦) في ب بياض ، وكتب في الهامش : « بياض في الأصل »
(٧) في أ « ضامن » بما يستوحب »
(٨) في أ « فقتل احداهما »
(٩) الزيادة من ب

والفرق أن الجناية لم تتعلق[١] بعينها ، وإنما تجب مجهولة[٢] ، ألا ترى أنها تجب[٣] على العاقلة ، وعاقلتها مولاها فوجبت على المولى ، واذا لم يتعين الحق في الأم لا [٤] يسرى الى الولد .

وليس كذلك الدين ، لأنه تعين في رقبتها ، بدليل أنها تتبع[٥] به بعد العتق ، والحق اذا تعين في الأم سرى الى الولد كالكتابة[٦] والتدبير والاستيلاد[٦] .

٧٦٥ ـ العبد المأذون اذا اشترى وباع [٧] فركبته الديون[٧] ، فوهبوها من العبد لم يكن للعبد الرجوع على المولى بما وهبوه منه[٨] .

والوكيل بالشراء والكفيل[٩] بالثمن اذا وهب منه المال ثبت له الرجوع على [١٠] الموكل والمكفول[١٠] عنه .

والفرق بينهما أن رجوع العبد على المولى لحق الغرماء لا لحق نفسه ، لأنه ليس من أهل [١١] وجوب الضمان[١١] له على مولاه ، واذا كان الرجوع لحق الغرماء وقد زال حقهم زال الرجوع .

وليس كذلك الوكيل والكفيل ، لأن ثبوت الرجوع لهما لحق أنفسهما لا لحق الغرماء ، لأن صحة التوكيل بضمان منعقد بين الوكيل والموكل ، بدليل أن ما لا يجوز أن يكون مضمونا لا يصح التوكيل به ، وكذلك[١٢] نفس الكفالة توجب[١٣] ضمانا عليه يثبت له الرجوع به عليه ، واذا كان ثبوت رجوع الوكيل

(١) في أ « لم يتعلق »
(٢) في أ « محمولة »
(٣) في أ « يجب »
(٤) في أ « لم »
(٥) في ب « يتبع »
(٦) في ب « كاليدين والاسناد والكتابة »
(٧) في ب « فركبه ديون »
(٨) الزيادة من ب
(٩) في ب « او الكفيل »
(١٠) في ب « المولى وللمكفول »
(١١) في ب « الوجوب للضمان »
(١٢) في ب « الواو » ليست موجودة
(١٣) في ب « يوجب »

لحق نفسه وقد ملك ما عليه بالهبة فصار كالملك[١] بالأداء ، ولو أدى لرجع[٢] به عليه ، كذلك هذا .

٧٦٦ ـ عبد بين رجلين ، عليه ألف درهم لرجلين ، وفي يده ألف درهم ، فأخذ أحد المولبين[٣] الألف من يده وأتلفه[٤] ، فرفع الى القاضي ، فقضى لكل واحد من الغريمين بخمسمائة درهم عليه[٥] ، ولم[٦] يدفع حتى أبرأه أحد[٧] الغرماء من دينه سلم الألف كله للآخر[٨] .

ولو أن رجلين ادعيا دارا [٩] وأقاما البينتين[٩] ، فقضى القاضي لكل واحد بنصفها ثم أن أحدهما ترك دعواه لا يسلم للآخر إلا النصف .

والفرق أن حق[١٠] كل واحد تعين في نصف الدار ، لأن كل واحد أثبت الجميع لنفسه والعين [١١] ضاقت عن جميعهما[١١] ، فصار حق كل واحد نصفه ، فاذا ترك أحدهما الدعوى لم يستحق الآخر أكثر من حقه .

وليس كذلك الغريمان ، لأن حقهما ثبت في الذمة ، والذمة تسع[١٢] الحقوق كلها فيثبت[١٢] لكل واحد ألف [١٣] في ذمته ، وتعذر[١٤] استيفاء بعضه لا[١٥] يسقطه فبقي حقه بكماله ، فاذا أبرأ أحدهما صار كأنه لم يكن ، وقدر الآخر على [١٦] استيفاء جميع ديونه[١٦] فكان له أن يستوفيه[١٧] .

ووجه آخر أن القاضي لما قضى بنصف الدار فقد فسخ عقده[١٨] في بعضه ،

(١) في أ « يملكه »
(٢) في أ « رجع »
(٣) في أ « الموكلين »
(٤) في أ « فاتلفه »
(٥) الزيادة من ب
(٦) في أ « اولم »
(٧) الزيادة من ب
(٨) في أ « له دون الاخر »
(٩) في أ « واما البينه »
(١٠) الزيادة من ب
(١١) في أ « ضاق عن حقهما »
(١٢) في أ « للحقوق كلها فثبت »
(١٣) في أ « الفا »
(١٤) في ب « تعزز لكل »
(١٥) في أ « ولا »
(١٦) في ب « الاستيفاء لجميع ذمته »
(١٧) في ب « يستحق فيه »
(١٨) في أ « عقد »

والفرق ان في الخليط وجوب الرجوع عليه بما يؤدي ، لا بما يملك ، لأنه ليس في ذمته ضمان قبل[1] الاداء بملك المال عليه به ، ولانه لو أمره [2]ان ينقد [1] الفا فنقد مائة وابرأه من الباقي او وهبه له[3] لم يرجع الا بمائة درهم ، فدل انه انما يرجع بما يؤدي لا بما يملك ، وقد ادى الزيوف والغلة[4] فرجع بما ادى ، كما لو ادى اقل منه في الوزن[5] .

وليس كذلك الكفالة ، لانه انما يرجع[6] بما يملك ، لا بما يؤدي بدليل انه يصير المال مضمونا عليه[7] في ذمته يملك عليه بدله[8] وبدليل انه لو وهب له تسعمائة[9] وقبض مائة رجع عليه بما ضمن وهو[10] الالف ، فدل انه يرجع[11] بما يملك وقد ملك الالف بما ضمن ، فوجب ان يرجع بذلك ، كما لو ادى اقل من الوزن .

٦٨٠ ـ اذا[12] ابرأ الطالب الكفيل من المال فأبى ان يقبل فهو[13] بريء .
ولو ابرأ الذي عليه الأصل فأبى ان يقبل كان المال عليه .

ولو وهب المال من الكفيل او الأصيل فأبيا[14] القبول لم تجز[15] الهبة .

والفرق ان لفظ الابراء ليس بموضوع للتمليك ، بدليل انه لو صادف عيناً لا يفيد التمليك ، وهو ان يقول : ابرأتك من هذه[16] العين ، لم يملكه ، وانما هو عبارة عن اسقاط الحق ، وفي الابراء عن الحق بعد الوجوب معنى التمليك ،

(١) في أ « يقبل »
(٢) في ب « ان ينقله »
(٣) الزيادة من (ب)
(٤) ما بين القوسين ليس موجودا في (ب)
(٥) في ب « الوارث »
(٦) في أ « رجع »
(٧) الزيادة من (ب)
(٨) الزيادة من ب
(٩) في ب « له عن تسعمائة »
(١٠) في أ « هو » ليست موجودة
(١١) في ب « انه لا يرجع »
(١٢) في ب « واذا » .
(١٣) في ب « كان » .
(١٤) في ب بياض ، وكتب في الهامش : « بياض في الاصل » .
(١٥) في أ « لم يجز » .
(١٦) في أ « هذا » .

وفي اسقاط الضمان في الأصل بفسخ[1] الكفالة اسقاط دون التمليك ، فاذا قال للكفيل : ابرأتك ، حمل على فسخ الكفالة من الأصل حتى[2] تمحض[3] اسقاطاً[4] وله فسخ الكفالة فصار كأنه قال[5] : فسخت الكفالة من الأصل ، واذا حمل على فسخ الكفالة صار صريح اسقاط الحق ، واسقاط الحق لا يرتد[6] بالرد ، كما لو طلق امرأته واعتق عبده ، ولهذا قلنا : انه[7] لو اخذ[8] عن الكفيل فرد الأصيل[9] بقي حالاً لأنه لا يمكن[10] ان يجعل اسقاطاً من الأصل فارتد بالرد .

وليس كذلك الأصيل ، لأنه لا يمكن ان يجعل[11] في حقه قوله : ابرأتك على فسخ العقد الذي وجوبه[12] واسقاطه من الأصل ، لأنه يصير بيعا بلا ثمن ، والبيع بغير الثمن باطل[13] ، واذا لم يمكن ان يجعل اسقاطاً من الأصل جعلناه اسقاطاً بعد الوجوب فيكون فيه معنى التمليك ، والتمليك يرتد بالرد كالبيع .

واما الهبة فهي لفظ تمليك ، بدليل انه لو صادف عيناً[14] تفيد[15] الملك ، والتمليك مما يرتد بالرد .

(١) في أ « نفسخ » .
(٢) في ب « حق » .
(٣) الزيادة من ب
(٤) في ب « اسقاط » .
(٥) في أ « وقد » .
(٦) في أ « لا يزيد » .
(٧) الزيادة من ب .
(٨) في أ « احر » .
(٩) في ب « الاصل »
(١٠) في ب « لا يملك » .
(١١) في ب « يحمل » .
(١٢) في أ « وجد به » .
(١٣) في ب « باطلا » .
(١٤) في أ « عيبا » .
(١٥) في أ « بعد » ، وفي ب « تعيد » والمذكور يقتضيه سياق الكلام .

٦٨١ ـ اذا(١) وهب الطالب المال للكفيل(٢) فقبله رجع(٣) به الكفيل(٤) على الذي عليه الأصل ، وكذلك المحتال(٥) عليه .

ولو أبرأه لم يرجع به عليه .

والفرق ان الهبة عقد تمليك ، بدليل انه لو صادف (٦عيناً لملك) افاد الملك ، فقد ملكه(٧) ما في ذمته بالهبة ، فصار كما لو ملكه بالاداء ، ولو ملكه بالاداء لرجع على صاحب الأصل ، كذلك هذا .

وليس كذلك الابراء ، لأنه(٨) ليس بتمليك ، وانما هو اسقاط للحق(٩) ، بدليل انه لو صادف عيناً لا يفيد الملك ، فصار فسخاً للكفالة ، واسقاطاً(١٠) لها(١١) فكأنها لم تكن ، و(١٢)لو لم تكن لم يرجع عليه بشيء(١٣) ، كذلك هذا .

٦٨٢ ـ اذا شهد شاهد بأنه(١٤) باعه بثمن حال ، وشهد شاهد بأنه باعه بثمن مؤجل ، لم تقبل شهادتهما .

ولو شهد شاهد بأنه كفل بألف حالة ، وشهد الآخر بأنه كفل له(١٥) بألف مؤجلة ، (١٦جازت شهادتهما١٦) .

(١٧والفرق ان الأجل اذا شرط في البيع صار صفة للثمن ، بدليل انه لو قال : بعت بألف درهم ، فقال : قبلت بألف مؤجل١٧) لم يجز(١٨) ، (١٩فقد

(١) في ب « واذا » .
(٢) في ب « لكفيل » .
(٣) في ب « ورجع »
(٤) ليست موجودة في ب
(٥) في أ « المحيل » ، وفي ب « المختال » .
(٦) في أ « عيبا بملك » .
(٧) في أ « ملك » .
(٨) في ب « الا انه » .
(٩) في ب « الحق » .
(١٠) في أ « او »
(١١) في أ « فانها » .
(١٢) الزيادة من ب
(١٣) في أ « شيء » .
(١٤) في أ « انه »
(١٥) الزيادة من ب .
(١٦) ما بين القوسين ليس موجودا في ب
(١٧) ما بين القوسين ليس موجودا في ب .
(١٨) في ب « لم تجز » .
(١٩) في أ « فشهد » .

شهد احدهما بعقد غير ما شهد به الآخر ، فلم يجز(١) .

وليس كذلك الكفالة ، لأن الأجل شرط ملحق بالعقد ، فاذا اتفقا على العقد ، واختلفا في شرطه(٢) (٣يلحق به) ، فلم يثبت الشرط وبقي العقد .

٦٨٣ ـ واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه(٤) ، ولو اقر انه كفل(٥) في الصحة لزمه من(٦) جميع المال ، اذا لم يكن لوارث او عن(٧) وارث .

ولو أقر بالهبة او العتق في حال المرض واضافه الى حال الصحة كان من الثلث .

والفرق ان في الكفالة معنى التبرع(٨) ، لأنه يقرض(٩) الشيء من ذمته ليرجع(١٠) عليه في الثاني ، فصار كإقراض العين ، وفيها معنى المعاوضة(١١) ، (١٢بدليل انه يرجع بما يؤدي ، فقد اخذ شبهاً من الأصل : شبهاً بالمعاوضة١٢) من وجه ، وشبه(١٣) التبرع من وجه ، (١٤فلشبهها بالتبرع) قلنا : اذا كفل في حال(١٥) المرض كان محتسباً من الثلث ، ولشبهها(١٦) بالمعاوضة(١٧) قلنا(١٨) : اذا قال : كفلت في حال الصحة صُدق ولزمه من جميع المال فيكون(١٩) فيه توفير (٢٠حظه من الشبهين) .

(١) فلم تجز .
(٢) في أ « الشرط »
(٣) الزيادة من ب
(٤) في ب « ثلاثة »
(٥) في ب « كفيل » .
(٦) ليست موجودة في ب .
(٧) في أ « من » .
(٨) في ب « للتبرع » .
(٩) في ب « بعرض » .
(١٠) في ب « لرجع » .
(١١) في أ « المفاوضة » .
(١٢) الزيادة من ب .
(١٣) في ب « شبهة » .
(١٤) في ب « فشبهته بالشرع » .
(١٥) في ب « حالة » .
(١٦) في ب « ولشبهه » .
(١٧) في أ « بالمفاوضة » .
(١٨) الزيادة من ب
(١٩) في ب « ليكون » .
(٢٠) في أ « حطة من الشبهتين » .

والفرق ان في مقابلة الخدمة (بدل مستقر) وهو رد (العبد المستأجر) على المؤجر[3] ، فلوجوزنا للمستأجر السفر به لجاز ان يلزم المؤجر[4] أضعاف قيمة[5] ما (اخذ من الاجرة) على رده ، فيؤدي الى الاضرار به فلذلك[7] لم يجز له السفر به[8] ، ولهذا قلنا : ان للمرتهن[9] ان يسافر بالعبد ، لأن رده عليه[10] لا على الراهن ، فلا يؤدي جواز السفر به الى (الزام غرم) لم يرض به .

واما العبد المصالح بخدمته فليس في مقابله الخدمة مال مستقر ، فلو الزمناه مئونة الرد لم يؤد[12] الى ان يلزمه[13] اكثر مما اخذ فجاز كما قلنا في الرهن ، وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول : مسألة الصلح محمولة[14] على ان[15] المدعي كان متأهباً[16] للسفر ويخاصم ، فصالح على الخدمة ، فيصير ذلك دلالة على أن رب العبد رضي بإخراجه ، فكأنه شرط[17] ذلك ، فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق .

٦٩٦ ـ اذا صالح من الشفعة على مال بطلت[18] الشفعة ولم يجب المال .
ولو صالح[19] من دم العمد على مال جاز الصلح ووجب المال .
ولو صالح من الكفالة بالنفس على مال لم يجز الصلح ولم يجب المال .

والفرق ان ملك المشتري في الدار بعد الصلح مع الشفيع وقبله سواء[20] ،

---

(١) في ب « بدلا مستقرا »
(٢) في ب « العبد على المستأجر » .
(٣) في أ « المؤاجر » .
(٤) في أ « المستأجر » وفي ب « المسافر » .
(٥) ليست موجودة في ب .
(٦) في أ « ماخذ من الاخوة » .
(٧) في أ « فكذلك »
(٨) ليست موجودة في ب .
(٩) في أ « المرتهن » .
(١٠) ليست موجودة في ب .
(١١) في أ « الترعرم » .
(١٢) في أ « لم يؤدي » .
(١٣) في أ « يلتزم » .
(١٤) في أ « محمول »
(١٥) الزيادة من ب
(١٦) في أ « يتأهب » .
(١٧) في أ « يشترط »
(١٨) في أ « بطل »
(١٩) في ب « صولح »
(٢٠) في أ « شراء » .

فلم يستفد بالصلح حقاً لم يكن ، والصلح[1] من غير حق لا يجوز .

وليس كذلك الدم ، لأن ملك القاتل (في الدم) مخالف لما كان قبله ، لأنه كان مباح الدم للمولى ، فاذا صالح زالت الاباحة واسقط حقه عن التصرف في نفسه ، فلذلك[3] جاز الصلح ، واذا[4] صح الصلح والدم مما يجوز ان ينتقل الى المال بنفسه جاز ان يأخذ عنه العوض .

وفي الشفعة لا يجوز ان ينتقل مالاً ، ولا يسقط حقاً يجوز له التصرف فيه ، فلا (يصح اخذ) مال عليه .

وفي الكفالة لا ينتقل مالاً ولا يسقط حقاً يجوز له التصرف فيه فلم[6] يجز اخذ العوض عليه كالوكالة والمضاربة .

---

(١) في ب « للمصلح » .
(٢) ما بين القوسين ليس موجودا في ب .
(٣) في أ « فكذلك » .
(٤) في ب « فاذا »
(٥) في أ « فلا يصلح احد » .
(٦) في أ « لم » .

٦٨١ - اذا[1] وهب الطالب المال للكفيل[2] فقبله رجع[3] به الكفيل[4] على الذي عليه الأصل ، وكذلك المحتال[5] عليه .

ولو أبرأه لم يرجع به عليه .

والفرق ان الهبة عقد تمليك ، بدليل انه لو صادف [6]عيناً لملك[6] افاد الملك ، فقد ملكه[7] ما في ذمته بالهبة ، فصار كما لو ملكه بالاداء ، ولو ملكه بالاداء لرجع على صاحب الأصل ، كذلك هذا .

وليس كذلك الابراء ، لأنه[8] ليس بتمليك ، وانما هو اسقاط للحق[9] ، بدليل انه لو صادف عيناً لا يفيد الملك ، فصار فسخاً للكفالة ، واسقاطاً[10] لها[11] فكأنها لم تكن ، و[12]إ[12] لو لم تكن لم يرجع عليه بشيء[13] ، كذلك هذا .

٦٨٢ - اذا شهد شاهد بأنه[14] باعه بثمن حال ، وشهد شاهد بأنه باعه بثمن مؤجل ، لم تقبل شهادتهما .

ولو شهد شاهد بأنه كفل بألف حالة ، وشهد الآخر بأنه كفل له[15] بألف مؤجلة ، [16]جازت شهادتهما[16] .

[17]والفرق ان الأجل اذا شرط في البيع صار صفة للثمن ، بدليل انه لو قالت : بعت بألف درهم ، فقال : قبلت بألف مؤجل[17] لم يجز[18] ، [19]فقد

(1) في ب « واذا » .
(2) في ب « لكفيل » .
(3) في ب « ورجع » .
(4) ليست موجودة في ب
(5) في أ « المحيل » ، وفي ب « المختال » .
(6) في أ « عيبا بملك » .
(7) في أ « ملك » .
(8) في ب « الا انه » .
(9) في ب « الحق » .
(10) في أ « او » .
(11) في أ « فانها » .
(12) الزيادة من ب
(13) في أ « شي » .
(14) في أ « انه » .
(15) الزيادة من ب .
(16) ما بين القوسين ليس موجودا في ب
(17) ما بين القوسين ليس موجودا في ب .
(18) في ب « لم تجز » .
(19) في أ « فشهد » .

شهد[19] احدهما بعقد غير ما شهد به الآخر ، فلم يجز[1] .

وليس كذلك الكفالة ، لأن الأجل شرط ملحق بالعقد ، فاذا اتفقا على العقد ، واختلفا في شرطه[2] [3]يلحق به[3] ، فلم يثبت الشرط وبقي العقد .

٦٨٣ - واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه[4] ، ولو اقر انه كفل[5] في الصحة لزمه من[6] جميع المال ، اذا لم يكن لوارث او عن[7] وارث .

ولو أقر بالهبة او العتق في حال المرض واضافه الى حال الصحة كان من الثلث .

والفرق ان في الكفالة معنى التبرع[8] ، لأنه يقرض[9] الشيء من ذمته ليرجع[10] عليه في الثاني ، فصار كإقراض العين ، وفيها معنى المعاوضة[11] ، [12]بدليل انه يرجع بما يؤدي ، فقد اخذ شبهاً من الأصل : شبهاً بالمعاوضة[12] من وجه ، وشبه[13] التبرع من وجه ، [14]فلشبهها بالتبرع[14] قلنا : اذا كفل في حال[15] المرض كان محتسباً من الثلث ، ولشبهها[16] بالمعاوضة[17] قلنا[18] : اذا قال : كفلت في حال الصحة صُدق ولزمه من جميع المال فيكون[19] فيه توفير [20]حظه من الشبهين[20] .

(1) فلم تجز .
(2) في أ « الشرط » .
(3) الزيادة من ب
(4) في ب « ثلاثة » .
(5) في أ « [illegible] » .
(6) ليست موجودة في ب .
(7) في أ « من » .
(8) في ب « للتبرع » .
(9) في ب « بعرض » .
(10) في ب « لرجع » .
(11) في أ « المفاوضة » .
(12) الزيادة من ب .
(13) في ب « شبهة » .
(14) في ب « فشبهته بالشرع » .
(15) في ب « حالة » .
(16) في ب « ولشبهه » .
(17) في أ « بالمفاوضة » .
(18) الزيادة من ب
(19) في ب « ليكون » .
(20) في أ « حطة من الشبهتين » .